UNIVERSITE DE PARIS I

LES ENTREPRISES DE SERVICES

M. BERNARD GRELON

1976

grenoble
orl

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549912_0011

UNIVERSITE DE PARIS I

LES ENTREPRISES DE SERVICES

M. BERNARD GRELON

Thèse pour le doctorat d'état en droit
présentée et soutenue en novembre 1976
sous la présidence de
M. Christian GAVALDA,
professeur à Paris I

SERVICE DE REPRODUCTION DES THESES DE
L'UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE GRENOBLE

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

AVERTISSEMENT

Le présent document est une reproduction faite en réduction (33 %) **d'un document original fourni par l'auteur**

Le Service de Reproduction des Thèses de l'Université des Sciences Sociales (Grenoble II) ne peut être tenu pour responsable de la mauvaise qualité de certaines parties. Seul l'auteur qui n'a pas eu le loisir ou la possibilité de fournir des originaux correspondant aux normes fixées par l'Atelier peut être incriminé

I N T R O D U C T I O N

1. Société de consommation, Etat industriel, Nouvelle Société, Société post-industrielle, sont les qualificatifs les plus souvent utilisés pour décrire les sociétés occidentales (1). Que ce soit pour vanter les bienfaits du capitalisme, ou pour mettre en évidence l'absurdité des solutions auxquelles conduit le libéralisme économique chacun admet implicitement que depuis une vingtaine d'années les transformations de l'économie ont bouleversé notre vie.

Sociologues et économistes mettent l'accent sur le fait que pour un peu moins du tiers de l'humanité le problème à résoudre le plus rapidement n'est pas celui de la production, mais est celui de son écoulement. Les marxistes ont toujours insisté sur l'impossibilité pour le capitalisme d'écouler les biens produits (2). Le développement du tertiaire serait une des réponses données à ce problème (3).

---

(1) Sur une critique de cette inflation terminologique v. P. Baudelot, E. Establet, J. Malemort, La petite bourgeoisie en France, Maspero, coll. Cahiers libres 1974 p. 57 et ss.

(2) E. Mandel, Traité d'Economie marxiste t. 3, coll. 10-18 U.G.E. 1962, p. 5.

(3) J.K. Galbraith, Le nouvel Etat industriel, N.R.F. Bibl. des sciences humaines 1967 p. 207.

2. En 1970 la consommation de services représentait 46 % de la consommation totale de la France. En 1968 46,2 % de la population active travaillait dans le secteur tertiaire contre 38,8 % dans l'industrie. En 1954, ce même secteur n'occupait que 37,9 % de la population active et 41,9 % en 1962 (1). En 1969 les services représentaient 45,9 % de la production intérieure brute française. En 1972 ils représentaient 63,4 % de celle des Etats-Unis (2).

La "Tertiarisation" de l'économie (3) constitue donc un phénomène essentiel de la deuxième moitié du vingtième siècle, mais qui recouvre des réalités diverses (4). Le tertiaire traditionnel constitué essentiellement des services aux particuliers, artisanaux et libéraux, subsiste souvent sans connaître de profondes transformations. Il se caractérise notamment par une grande dispersion géographique, l'absence de moyens matériels et il constitue souvent un refuge contre l'industrialisation et la rationalisation (5). Une partie de ce secteur cependant est touchée par le mouvement de concentration. L'exercice en société des professions libérales se développe (6). Les entreprises de services aux particuliers, doivent pour survivre, adhérer à des groupes contractuels ou financiers. Le phénomène est manifeste pour les agences de voyages, les chaînes hôtelières, ou les réparateurs automobiles (7).

---

(1) Chiffres cités par les dossiers d'Entreprise : Tertiaire et Services nº 24, mars 1971 p. 9 et ss.
(2) A. Almeras, Essai sur la notion de service, thèse Paris I 1975 p. 35 et ss.
(3) D.A.T.A.R., questions à la Société tertiaire, Doc. Fse 1974 p. 11 et ss.
(4) D.A.T.A.R., op. cité p. 141 et ss.
(5) D.A.T.A.R., op. cit. p. 62.
(6) A. Lamboley, La société civile professionnelle Lib. tech. 1974 ; Actualités de Droit de l'Entreprise, Montpellier 1974, L'exercice en groupe des professions libérales Lib. tech. 1974 ; G. Lyon-Caen, L'exercice en société des professions libérales Dalloz 1975.
(7) Les dossiers d'Entreprise, Les sociétés de services nº spécial, février 1974 p. 23 et ss. J.K. Galbraith, La science économique et l'intérêt général, N.R.F., bibliothèque des sciences humaines 1975, p. 78. Adde infra nº 81 et ss et nº 414 et ss et nº 174 et ss.

Une évolution importante se dessine aussi pour les services publics. L'ouverture de nouveaux marchés, notamment dans le domaine des transports et des communications, renforce une tendance à privatiser ces activités. Les impératifs de rentabilité qui leur sont fixés, constituent en règle générale le premier pas vers ces transformations (1).

Le phénomène essentiel en matière de services, est constitué par la naissance et la croissance du tertiaire moderne (2). Ce secteur comprend surtout les services aux entreprises. Leur part est encore faible (3) mais leur demande augmente rapidement. Cette croissance se caractérise non seulement par l'augmentation dans l'ensemble des secteurs des emplois tertiaires (4), mais surtout par la constitution d'entreprises autonomes (5). Ces services, et notamment ceux de "matière grise" jouent en outre un rôle sensiblement plus important que celui qui apparaît au seul examen de statistiques. La détention de technologies constitue un capital essentiel pour les entreprises (6) ainsi qu'un moyen nécessaire de contrôle des marchés exté-

---

(1) D.A.T.A.R. op. cité p. 144. adde J.M. Auby et R. Ducos-Ader, Grands Services publics, P.U.F. coll. Thémis 1975 p. 26 et ss.

(2) La croissance du tertiaire est "financée" par la croissance industrielle. Aussi ce secteur est-il très sensible aux crises. En outre les possibilités de développement de ce secteur ne sont pas infinies. Le développement de certaines formes de tertiaire (services aux entreprises) se fait donc au detriment d'autres formes comme les services collectifs destinés à améliorer "la qualité de la vie" (D.A.T.A.R. op. cité p. 66). Or une tendance se manifeste à la faveur des réflexions nées de la crise économique pour une réorientation des priorités (v. P. Drouin, L'ère quaternaire, Le Monde 18 décembre 1975).

(3) Les services rendus aux entreprises ne formaient en 1966 que 2 à 3 % de l'ensemble des services. Les Dossiers d'Entreprise 1973 op. cité p. 13.

(4) V. Almeras, thèse précitée p. 186 ; O. Gelivier, A la découverte du nouveau tertiaire, Le Monde 20 avril 1976.

(5) D.A.T.A.R. op. cité p. 142 et ss.

(6) v. l'importance accordée dans les pays socialistes à ces moyens de production immatériels, R. Bystricky, La coopération économique entre l'Est et l'Ouest et les lois générales de l'édification socialiste, Ann. Etudes Intern. 1974 p. 28 et ss et particulièrement p. 56.

rieurs (1). Ces services constituent aussi un facteur de multiplication des investissements (2).

3. Ces degrés divers de croissance tiennent à la variété des activités tertiaires. Il en résulte aussi une grande imprécision quant à la définition de la prestation de service (3). Selon les auteurs, tertiaire et services seront identiques (4) ou distincts (5), ou bien le secteur des services pourra englober ou écarter (6) l'emploi salarié non directement productif (6) ou les services collectifs (7).

Or une appréhension correcte de la notion de services est nécessaire pour délimiter le domaine et déterminer la méthode de cette étude.

§ 1 - La notion de services

4. L'imprécision régnant en la matière est la conséquence de l'absence de définition juridique précise. Mais cette lacune provient des divergences entretenues par les économistes sur cette question.

A - La notion juridique de services

5. Peu utilisé en Droit Privé, le mot de "services" joue un rôle important en Droit Administratif. La notion de service public constitue en effet une catégorie essentielle de cette branche du Droit. Cette notion peut donc fournir des éléments utiles d'appréciation pour une définition des services privés.

---

(1) V. par exemple Ph. Laurent, Les transferts de technologie, Projet mars 1975 p. 289 et ss.
(2) O. Gelivier, art. précité.
(3) Pour une analyse très critique de cette notion, v. Baudelot, Establet, Malemort, op. cité p. 57 et ss.
(4) Colin Clark, Les conditions du progrès économique 1940.
(5) v. l'enquête menée par l'INSEE sur les activités de services, B. Nicolas Le dénombrement des entreprises prestataires de services, Economie et Statistiques janvier 1972 p. 53 et ss. V. aussi F. Perroux, interview citée par Almeras, thèse précitée p. 21.
(6) D.A.T.A.R. op. cité p. 11 et ss. Comp. Almeras, thèse précitée p. 69 et ss.
(7) Almeras, thèse précitée p. 19.

I - La notion de service public

6. La naissance de la théorie du Service Public date de l'abandon d'une conception métaphysique et autoritaire de l'Etat. La reconnaissance du Service public est d'abord l'affirmation que l'Etat n'est pas seulement la Puissance publique dominant des sujets, mais qu'il est d'abord au service des citoyens (1). "Le Service public, destiné à fournir des prestations sociales, à rendre des services au public, devient l'activité essentielle de l'Administration" (2). Cette notion correspond donc bien à la fourniture de nombreuses prestations d'intérêt général (3). Mais elle constitue surtout une technique juridique de droit public, indépendante de la nature de l'activité exercée.

Il en résulte que des activités qui ne constituent pas des prestations adressées à des bénéficiaires déterminés, sont cependant des services publics. Certaines manifestations de la puissance publique, comme la Défense Nationale ou la Police en fournissent des exemples éclatants (4).

Des activités de production peuvent aussi faire partie des services publics. Il en est notamment ainsi des services publics industriels et commerciaux, dont l'objet peut être indifféremment la fabrication, la commercialisation de produits (5) ou la prestation de services (6).

---

(1) E. Pisier-Kouchner, Le service public dans la theorie de l'Etat de Léon Duguit L.G.D.J. 1972.
(2) J.M. Auby et R. Ducos-Ader, op. cité p. 22.
(3) Sur le rôle joué par l'intérêt général dans la notion de service public, voir J.M. Auby et R. Ducos-Ader, op. cité p. 33.
(4) J.M. Auby et R. Ducos-Ader op. cité p. 34, Waline, Droit administratif 8e éd. nº 1054 ; v. cependant contra - Berthelemy, La notion de service public, mélanges Hauriou 1929-817 ; Vedel Les bases constitutionnelles du droit administratif E.D.C.E. 1954-25.
(5) J.M. Auby et R. Ducos-Ader op. cité p. 71.
(6) J.M. Auby et R. Ducos-Ader op. cité p. 71.

Les services publics sociaux peuvent aussi bien consister en des prestations de services (1) que dans le commerce de l'argent (2).

7. Les Services publics appartiennent donc pour l'essentiel au secteur tertiaire (3), mais ils n'appartiennent pas nécessairement au secteur des services. Il faut cependant remarquer que la tendance à la privalisation (4) des services publics (5), qui se traduit essentiellement par la soumission de certains d'entre eux à des règles de droit privé et par la gestion de certains autres par des personnes privées (6), peut conduire à rapprocher service public et service privé. Il n'en demeure pas moins qu'actuellement, la notion de service public ne permet pas de contribuer utilement à une définition du service privé.

II - Le notion de service privé

8. Le Code Civil accorde une place restreinte aux services et surtout leur attribue une signification différente de celle qu'ils ont actuellement. Le louage de services est en effet le travail fourni au service d'autrui. Le mot de service désigne plus la subordination du prestataire que la nature de son activité. Ce contrat est essentiellement "le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un" (7).

---

(1) J.M. Auby et R. Ducos-Ader, op. cité p. 81 et ss.
(2) Tel est le cas de la Sécurité sociale, J.M. Auby et R. Ducos-Ader, op. cité p. 84 et ss. Adde De Laubadère, La notion et le régime juridique des services publics sociaux, D.1959-494.
(3) Sous réserve des services publics industriels et commerciaux qui peuvent appartenir au secteur productif.
(4) D.A.T.A.R., op. cité p. 146.
(5) Cette tendance semble d'ailleurs particulièrement forte dans le secteur des services. Elle se manifeste notamment par la diminution des services fournis à la collectivité, obligeant le public à avoir recours à des services privés (v. A. Demichel, vers le self-service public, D.1970 ch. 77, p. 79).
(6) J.M. Auby, R. Ducos-Ader, op. cité p. 28 et ss. A. Demichel, art précité.
(7) Art. 1779 al. 1er Code Civil.

Cette conception tenait au fait qu'au XIXe siècle les services avaient un caractère personnel marqué et étaient essentiellement fournis par des domestiques. Du fait de l'industrialisation la relation de travail subordonnée a perdu ce caractère personnel et est devenue un élément important de l'organisation économique. Le contrat de travail substitué au louage de services est devenu un des fondements du Droit du Travail (1).

9. Le Code Civil connaissait cependant des formes non salariées de travail pour autrui. Il s'agissait essentiellement des textes sur le louage d'ouvrage, qui étaient embryonnaires. Ce contrat en effet était essentiellement conçu comme étant le cadre juridique des activités à façon : constructions immobilières et fabrications artisanales. Il était le contrat des "voituriers" (2), des "maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers" (3). Aucune distinction n'apparaît selon la nature de l'activité. La réalisation de biens corporels, meubles ou immeubles, n'est pas différenciée de la prestation de travaux immatériels.

Le contrat de transport connaît cependant déjà une autonomie, qui va se développer considérablement avec la naissance de nouveaux moyens de transports : chemin de fer, véhicules automobiles, aéronefs et qui va donner naissance à une branche de droit autonome : le Droit des Transports (4).

Le louage d'ouvrage "de droit commun" a connu en réalité un développement comparable. Les services personnels sont devenus dans une large mesure l'oeuvre de petites et moyennes entreprises indépendantes. Ce passage d'activités individuelles et subordonnées à des prestations collec-

---

(1) G. Lyon-Caen, Défense et illustration du contrat de travail, arch. philo. droit 1968 p. 59.
(2) Art. 1779 - 2º Code civil.
(3) Art. 1799 Code civil.
(4) Rodière, Droit des Transports, I, Sirey 1953 p. 1 et ss.

tives et indépendantes s'explique par plusieurs causes. L'acquisition d'un statut de professionnel indépendant ou même de salarié d'une entreprise est socialement préférable à la situation de "domestique" (1). L'urbanisation et la crise du logement ont sans doute contribué aussi à limiter l'utilisation de serviteurs attachés au foyer. Enfin la cause la plus profonde de cette évolution réside sans doute dans le développement des classes moyennes, qui veulent bénéficier de nombreux services mais qui ne peuvent pas entretenir du personnel salarié en permanence (2).

Le développement des biens techniques de consommation s'est substitué dans une certaine mesure à ce personnel, et il a permis la naissance de nombreuses entreprises de réparation ou d'entretien, qui sont nécessaires au fonctionnement correct de ces matériels (3).

10. Ces divers phénomènes ont facilité en conséquence la mise en place de nombreux services aux particuliers, qui constituent une part très importante du secteur des services (4).

Un mouvement comparable s'est produit dans le domaine des services aux entreprises. Le développement technologique a en effet été considérable au XXe siècle (5). Il a nécessité une croissance considérable des investissements (6) qui n'a été possible que par la concentration des entre-

---

(1) J.K. Galbraith, La Science économique et l'intérêt général, op. cité p. 79 et ss.
(2) D.A.T.A.R. op. cité p. 49 et ss.
(3) J.K. Galbraith, La Science économique et l'intérêt général, op. cité p. 80 et 81.
(4) En 1968 les services rendus aux particuliers, par les entreprises privées et par les administrations, totalisaient le tiers des effectifs du tertiaire. Les dossiers d'Entreprise, mars 1971, précité p. 13.
(5) Voir par exemple J.K. Galbraith, Le nouvel Etat industriel, op. cité p. 23 et ss.
(6) J.K. Galbraith, Le nouvel Etat industriel, op. cité p. 24.

prises (1) et par la planification privée de la production et de la consommation (2). Il en a résulté une demande croissante de services.

11. Les matériels complexes, nés de la technique contemporaine, doivent être installés, mis en fonctionnement, entretenus et réparés par du personnel très spécialisé. L'organisation de la division du travail suppose des spécialistes aptes à organiser cette organisation (3). Le conditionnement du marché nécessite le développement d'entreprises dont l'objet est de valoriser les produits et de fixer la clientèle : entreprises de publicité, concessionnaires, services après-vente, etc...

Ces tâches peuvent être assurées directement par l'entreprise utilisatrice, mais cette solution est le plus souvent interdite aux petites et moyennes entreprises en raison de leurs faibles capacités financières. En outre il est souvent intéressant même pour la grande entreprise de se décharger sur des sous-traitants ou sur des filiales (4) des fonctions annexes à l'activité principale.

On voit ainsi apparaître de nombreuses entreprises spécialisées dans les problèmes de gestion aussi bien matérielle qu'intellectuelle : sociétés de nettoyage ou d'entretien, sociétés d'installation et de surveillance de matériel industriel, sociétés de conseil informatique, conseils en publicité, en organisation, en recrutement (5), etc...

---

(1) E. Mandel, La reponse socialiste au défi américain, Maspero, coll. Cahiers libres, 1969, p. 42 et ss.
(2) E. Mandel, Traité d'Economie marxiste, op. cité t.III p. 277 et ss. J.K. Galbraith, Le nouvel Etat industriel, op. cité p. 28.
(3) Voir par exemple le développement des Sociétés d'études et de conseil. Les dossiers d'Entreprise, février 1974, précités p. 54 et ss.
(4) Voir par exemple pour les sociétés de service informatique filiales de constructeurs d'ordinateurs ou (et) de banques, Le monde du 16 décembre 1969, Le Monde du 16 février 1971 - Sur ce phénomène d'intégration économique des entreprises de services dès que leur rentabilité est assurée, voir D.A.T.A.R., op. cité p. 144.
(5) Les dossiers d'Entreprise, février 1974, op. cité, p. 23 et ss.

12. Tous ces travaux immatériels, fournis par des prestataires indépendants, au moins juridiquement (1) rentrent le plus souvent dans la catégorie juridique du louage d'ouvrage (2), qui est devenue ainsi une qualification "fourre-tout" utilisée pour tous les contrats innommés qui apparaissent. La variété même des activités ainsi réunies a empêché tout effort de systématisation. La notion de service ne s'est pas dégagée du contrat d'entreprise. Cette émergence était d'autant plus difficile à réaliser que certains services adoptent d'autres formes juridiques souvent voisines, comme les contrats de garde (3).

L'introduction de la notion de "services", dans le langage juridique, a été réalisée par la naissance des lois récentes cherchant à appréhender directement les activités économiques. Les textes fiscaux (4), la législation sur les prix ou sur la concurrence (5) et le droit des marques (6) distinguent les services des produits.

---

(1) De nombreuses de ces sociétés sont en effet intégrées économiquement dans des groupes industriels ou bancaires.
Cette intégration peut avoir deux causes. Il peut s'agir d'une absorption d'entreprises indépendantes dont la rentabilité est assurée (D.A.T.A.R. op. cité p. 144 et ss). Il peut s'agir au contraire de la création d'une filiale à partir d'un service interne. Cette filiale peut alors soit fournir ses services uniquement au groupe dont elle émane, soit constituer un moyen d'implantation du groupe sur les marchés extérieurs. Les sociétés d'ingénierie, filiales de groupes importants jouent souvent ce rôle (P. Gonod, D. Germinis, C.A. Michalet et J. Perrin, Transferts technologiques dans l'économie mondiale, Le progrès scientifique nº 174 janvier-février 1975 p. 26 et ss et particulièrement p. 31).

(2) Flamme, Le Paffe, Le Contrat d'Entreprise, op. cité nº 3.

(3) A. Tunc, Les contrats de garde, Dalloz 1942.

(4) V. infra nº 899 et ss.

(5) V. infra nº 780 et ss.

(6) V. infra nº 560 et ss.

13. La notion de service cependant ne fait l'objet ni d'une définition synthétique, ni d'une énumération exhaustive. Cette imprécision du législateur se comprend dans la mesure où la réglementation a pour objet essentiel une uniformisation du droit applicable.

Il apparaît cependant que la notion d'activité de service, dans le droit économique s'oppose non seulement à la fabrication, mais aussi à la distribution. La prestation de service est en effet le contraire de la vente d'un produit (1).

14. Ce caractère se retrouve dans le Droit européen, qui a accordé une part importante aux services. Le Traité de Rome, en effet a posé le double principe de la liberté d'établissement (art. 52) et de la liberté de prestation de service (art. 59) (2). Toute discrimination entre les ressortissants de la Communauté et les Nationaux devait en conséquence être supprimée à l'expiration d'une période de transition (3). Différents textes précisent la notion de services au sens du traité (4), afin de permettre l'application de ces principes.

15. Un particularisme doit être immédiatement noté. La notion de service ne s'oppose pas seulement à celle de marchandise, elle s'oppose aussi à celle d'établissement. En effet la prestation de service constitue l'activité fournie par le ressortissant d'un Etat membre, établi dans un pays de la

---

(1) Cette affirmation ne signifie pas cependant qu'il n'existe pas de services accessoires à la distribution de produits. Ce dernier phénomène est au contraire très caractéristique du développement des services (voir infra nº 156 et ss et nº 304 et ss).

(2) Goldman, Droit Commercial Européen, Précis Dalloz 1975 3e éd. nº 31.

(3) Le processus et les étapes de cette libération ne retiendrons pas notre attention (sur cette question v. Goldman, op. cité nº 170 et ss). Les références au droit européen ont pour seul objet de permettre une meilleure approche de la notion de service.

(4) Le texte le plus précis est l'article 60 § 1. V. infra nº 17 et ss.

communauté et destinée à un client situé dans un autre Etat de la communauté (1). Un déplacement temporaire dans le pays du bénéficiaire est cependant possible. Un caractère important des services apparaît déjà à travers cette disposition. La réalisation de la prestation nécessite souvent un contact direct entre l'entrepreneur et le client (2).

16. Il est évident en outre que toute activité se réalisant au-delà des frontières ne constitue pas une prestation de service. L'activité de service s'oppose à l'activité salariée. L'indépendance du prestataire s'impose (3) pour qu'il y ait service au sens de l'article 59.

Un autre caractère essentiel apparaît dans l'absence de gratuité. Il peut sans doute y avoir une prestation de service sans qu'il existe un but lucratif au sens étroit de la jurisprudence française (4) mais le service d'ami est étranger au domaine de l'article 59.

17. Aucune difficulté sérieuse ne se pose à propos de ces deux aspects du service. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de déterminer quelles activités sont comprises dans cette définition. L'article 60 § 1 du traité de Rome considère "comme services les prestations fournies normalement contre rémunération dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes". Ce texte laisse apparaître clairement une conception large et ouverte de la notion de service, qui est proche de celle des économistes. Certaines précisions utiles apparaissent cependant. Les activités de distribution qui réalisent une circulation de marchandises, et qui occupent une place importante dans le secteur tertiaire, ne sont pas des services.

---

(1) Goldman, op. cité nº 32, nº 146 et nº 151. Ainsi si seuls les prestataires de services peuvent bénéficier de la libération des prestations de services, les prestataires de services peuvent aussi bénéficier de la liberté d'établissement.
(2) Goldman op. cité nº 151.
(3) Goldman op. cité nº 138.
(4) Goldman op. cité nº 128.

Il en est de même pour la circulation des capitaux c'est-à-dire pour toutes les opérations de crédit. Il est vrai que la distinction peut être difficile entre services et mouvements de capitaux (1). La directive du 25 juin 1963 a dû distinguer entre les services bancaires purs et ceux liés à des mouvements de capitaux. Si les services purs sont tous libérés, les services liés à des mouvements de capitaux ne sont libérés que s'ils font partie de la liste exhaustive accompagnant la directive et que si les mouvements de capitaux qu'ils accompagnent sont eux-mêmes libérés (2).

18. Ces précisions ne suppriment pas toutes les difficultés. Si tout transfert de propriété de meuble corporel se trouve distingué des services, la solution est moins certaine pour la vente d'immeubles, et pour la cession de meubles incorporels.

La rédaction de l'article 60 § 1, qui témoigne d'une volonté d'appréhender l'ensemble des activités économiques, et de traiter les services comme "le reliquat des autres échanges" (3), conduit à considérer que ces opérations doivent être assimilées à des services (4). Les textes pris en application du traité ont d'ailleurs clairement adopté cette interprétation (5). La notion de service demeure donc très extensive et très hétérogène. Il est difficile d'inférer de ces textes une définition précise.

---

(1) Gavalda, La libération de l'établissement et des prestations de services bancaires dans la C.E.E. Rev. Trim. droit européen 1974-695, Nº 19.
(2) Gavalda, art. précité nº 22 et ss.
(3) Gavalda, art. précité nº 19.
(4) Un autre argument peut aussi être avancé. Le traité de Rome, n'est pas un texte répressif, mais il accorde au contraire une liberté. Une interprétation extensive est en conséquence parfaitement justifiée. Cette considération n'existe pas en revanche dans les textes sur les prix ou dans les lois fiscales.
(5) Pour les cessions de brevets, voir titre III A 2e alinéa du programme pour la suppression des restrictions à la libre prestation de service. Pour les transferts de propriété immobilière, voir la directive nº 66-162/CEE du 28 février 1966. J.O.C.E. nº 42 du 8 mars 1966, relative aux affaires immobilières et la directive 71-304/CEE du 26 juillet 1971, J.O.C.E. nº L.185 du 16 août 1971 relative aux marchés publics de génie civil.

19. Ces législations ont cependant eu le mérite d'obliger les juristes à s'interroger sur ce nouveau concept. La majorité des études sur la question se contente de rechercher une définition approximative dans le cadre du texte précis où le mot de service est utilisé (1). Mais certains auteurs ont pris conscience de la nécessité d'appréhender le phénomène des services d'une manière synthétique (2).

Ces analyses ne permettent pas cependant de dégager une notion précise du service. Monsieur Overstake dans sa thèse (3) a une conception très restrictive et très imprécise de la notion qu'il distingue de la prestation de travail par sa moindre "pénibilité". Son analyse, qui n'est pas justifiée par des raisons impérieuses est en contradiction avec toutes les conceptions actuelles du service, et avec toutes ses utilisations législatives. Elle ne peut donc être retenue.

Le Doyen Savatier, dans sa chronique (4) cherche essentiellement à justifier une nouvelle terminologie, celle de vente de services, et il ne se préoccupe guère de la définition du service. Il adopte à cet égard sans les discuter les thèses les plus fréquentes des économistes.

Son étude a cependant le mérite de délimiter le domaine des services à l'aide de concepts juridiques clairs. Toute obligation de faire

---

(1) Levasseur, Le nouveau régime répressif de la réglementation des prix JCP 1943.I.370 ; Cosnard, Le refus de vente R.T.D. Com. 1962.187 ; Fo_sanéanu, La loi du 29 décembre 1972 sur les ventes et prestations de services avec prime, JCP 1973.I.2548 ; Hémard, La nouvelle réglementation des primes et cadeaux D.1974 ch. 223 ; M.A. Perot-Morel, Les marques de services R.T.D. Com. 1970.281 ; Mascarenas, La marque de services La prop. ind. 1959 et gales p. 137.

(2) J.F. Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux L.G.D.J. 1969 ; R. Savatier La vente de services, D. 1971 ch. 223. D'autres auteurs utilisent parfois la notion de services dans l'énumération des activités commerciales, mais ils n'en tirent aucune conséquence juridique (Ripert et Roblot, Traité, I nº 161 et ss).

(3) J.F. Overstake, op. cité p. 96 et ss.

(4) R. Savatier, art. précité nº 2 et ss.

d'origine contractuelle, fournie de manière indépendante et non gratuite constitue un service (1). Une distinction tranchée apparaît donc entre les actes juridiques selon qu'ils entraînent un transfert de droit réel ou non. Les services constituent l'essentiel de la deuxième catégorie. Seules les opérations de production, de distribution ainsi que les transferts de propriétés incorporelles (2) sont hors du secteur des services.

20. Ces conceptions, malgré leur caractère extensif, permettent d'exclure avec certitude certaines activités. L'analyse du doyen Savatier est à cet égard la plus claire (3). Elle constitue en conséquence un point de départ qui peut être retenu pour toute étude des services. Cette délimitation de la notion ne permet cependant pas de dégager une notion unitaire des services. La raison en est essentiellement que l'analyse du contenu des services est l'oeuvre exclusive des économistes. Une meilleure connaissance de la notion économique de services est donc nécessaire.

B - La notion économique de service

21. La notion de service, est apparue avec la théorie des trois secteurs : primaire, secondaire, tertiaire. Elle a évolué avec les différentes théories concernant cette division tripartite de l'économie. Pour Colin Clark (4) par exemple les services se définissent par une simple opposition avec les activités de production, agricole ou industrielle.

---

(1) R. Savatier, art. précité nº 4.
(2) R. Savatier, art. précité nº 5.
(3) Nous sommes plus réservés en revanche sur l'utilisation de la terminologie propre à la vente. Ce vocabulaire, à sans doute le mérite de frapper l'imagination, mais il peut faire naître de dangereuses confusions. La spécificité des services tient à ce qu'il ne peut pas y avoir de vente au sens juridique, même s'il y a échange au sens économique. V. infra nº 676 et ss.
(4) Colin Clark, Les conditions économiques du Progrès, 1940.

Pour Monsieur Fourastié (1), en revanche les différentes activités économiques se classent dans ces trois secteurs non en fonction de leur objet mais en raison de l'importance de leur productivité. Il en découle l'existence de catégories mouvantes, susceptibles de nombreuses variations.

22. Cette relative imprécision se retrouve dans les nomenclatures, établies par les services statistiques des organismes internationaux ou nationaux. Si l'énumération des services est variable selon les classifications, un sens très large est toujours donné à la notion de service.

Ainsi la classification de l'O.N.U. (2) distingue-t-elle les services gouvernementaux, les services sociaux, les services aux entreprises (conseils juridiques et fiscaux, comptabilité, services techniques : ingénierie,etc...), les services récréatifs et les services personnels (services domestiques, restaurants, hôtels, blanchisserie, coiffeur, etc...). Ce modèle a été repris par la communauté économique européenne (3), qui lui a d'ailleurs attribué une véritable portée juridique. Les programmes de suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services ont été en effet fondés sur ces nomenclatures.

23. La Comptabilité nationale et l'I.N.S.E.E. (4) ont récemment adopté des classifications proches de ces nomenclatures internationales.

---

(1) J. Fourastié, Le grand espoir du XXe siècle, P.U.F. 1950.
(2) Etudes Statistiques nº 4 série M, Rev. 1 New-York 58.
(3) J.O.C.E. du 15 janvier 1962.
(4) Voir sur ces nouvelles nomenclatures, les nomenclatures d'activités et de produits, Economie et Statistique, décembre 1970. Ph. Lestang, Le nouveau système français des nomenclatures d'activités et de produits, Economie et Statistiques, décembre 1973 p. 55.

La Comptabilité nationale a réparti les services en quatre sous-branches : les services rendus principalement aux entreprises (1), les services des artisans-mécaniciens (2), les services de santé (3) et les services rendus principalement aux particuliers (4).

---

(1) Cette sous-branche comprend essentiellement :
- services rendus à l'agriculture
- services publicitaires
- services des bureaux d'études techniques
- services d'études et de travaux pour les entreprises (experts, travaux spéciaux à façon, enquêtes, études de marché, conseils en organisation ...)
- services de location de moyens de production et crédit bail mobilier
- services juridiques et fiscaux principalement pour les entreprises
- services connexes de la construction et du logement
- services des intermédiaires du commerce et travail temporaire
- service des auxiliaires financiers
- autres services rendus par des non salariés.

(2) Soit :
- services des réparateurs d'automobiles
- services des réparateurs de matériel agricole
- services des réparateurs de radio, télévision et horlogerie
- services rendus sur véhicules d'occasion

Il est manifeste que ces services pourraient sans inconvénient être classés dans la sous branche des services aux particuliers.

(3) Soit :
- services de santé rendus par les praticiens indépendants (médecins, chirurgiens, dentistes, radiologues, infirmiers, vétérinaires...)
- service de santé rendus par les établissements de soins

La remarque de la note précédente peut être renouvelée à propos de ces prestations.

(4) Soit :
- services d'hygiène publique (enlèvement et incinération des ordures)
- services de pompes funèbres
- location de mobilier, linge, garages
- location de locaux industriels et commerciaux (y compris crédit-bail immobilier)
- spectacles (O.R.T.F., théâtres, cinémas...)
- loisirs (musées, enseignement artistique privé, auto-école...)
- sports (établissements privés d'éducation physique, remonte-pentes...)
- production et distribution de films
- services de blanchisseries et teintureries
- soins personnels (salons de coiffure, établissements de bains et de toilette, instituts de beauté)
- services des hôtels, cafés, restaurants, cantines d'entreprises
- services divers rendus aux particuliers.

Cette répartition repose sur la nouvelle nomenclature par activités établie par l'I.N.S.E.E. qui a consacré aux services les classes 65 à 99 (1).

---

(1) Ces classes sont les suivantes :

- 65 Réparation et commerce de l'automobile
- 66 Réparations diverses
- 67 Hôtels, cafés, restaurants
- 68 Transports ferroviaires
- 69 Transports urbains, transports routiers et transports par conduite
- 70 Navigation intérieure
- 71 Transports maritimes et navigation côtière
- 72 Transports aériens
- 73 Activités annexes des transports et entrepôts
- 74 Auxiliaires de transports et agences de voyages
- 75 Télécommunications et postes
- 76 Holdings
- 77 Activités d'études, de conseil et d'assistance
- 78 Auxiliaires financiers et d'assurances
- 79 Promoteurs et sociétés immobilières
- 80 Location et crédit bail mobiliers
- 81 Location et crédit bail immobiliers
- 82 Enseignement (services marchands)
- 83 Recherche (services marchands)
- 84 Santé (services marchands)
- 85 Action sociale (services marchands)
- 86 Services récréatifs, culturels et sportifs (services marchands)
- 87 Services divers (marchands)
- 88 Assurances
- 89 Organismes financiers
- 90 Administration générale
- 91 Prévoyance et Sécurité sociale
- 92 Enseignement (services non marchands)
- 93 Recherche (services non marchands)
- 94 Santé (services non marchands)
- 95 Action sociale (services non marchands)
- 96 Services récréatifs, culturels et sportifs (services non marchands)
- 97 Services divers fournis à la collectivité (non marchands)
- 98 Services domestiques
- 99 Représentation diplomatique étrangère en France
  Organismes internationaux.

24. Certains points communs peuvent se dégager de ces énumérations. Les services comportent tous une part prépondérante de valeur ajoutée (1). Les salaires constituent en conséquence l'élément prédominant dans les coûts de production (2). Ce caractère permet notamment de distinguer les services des autres activités tertiaires et notamment des activités de distribution (3).

Une autre convergence peut être décelée dans l'instantanéité de la consommation des services, interdisant en conséquence tout stockage de ces prestations (4).

Enfin un troisième caractère commun est généralement mis en relief. Les sociétés de services seraient des "sociétés de cerveaux" en raison de l'importance de leurs investissements intellectuels (5).

Cette remarque est vraie pour de nombreux services aux entreprises, mais elle ne peut être généralisée. Les services matériels et notamment ceux fournis aux particuliers ne nécessitent pas d'investissements intellectuels. Il existe en effet dans le secteur des services des éléments profondément hétérogènes (6). Cette constatation commande dans une large mesure le domaine et la méthode qui seront adoptés dans cette étude.

§ 2 - Le domaine et la méthode

25. Les diverses approches des services ont fait ressortir la variété des conceptions possibles. Un seul point commun apparaît : les services sont le fruit du développement d'entreprises autonomes.

---

(1) M. Lengellé, La révolution tertiaire, Genin 1966.
(2) Ce caractère a une incidence notable sur la transmission de l'inflation par les services (Almeras, thèse précitée p. 26).
(3) Comp. Almeras, thèse précitée p. 26.
(4) D.A.T.A.R., op. cité p. 23.
(5) M. Praderie, Les tertiaires, Le Seuil, coll. Société 1968.
(6) Baudelot, Establet, Malemort, op. cité p. 60.

La conception la plus extensive, qui assimile tertiaire et services (1), ne peut être retenue. La commercialisation des produits ne constitue pas la fourniture d'un service. La prestation de service s'oppose en effet non seulement à la fabrication d'une chose mais aussi à sa vente (2). Le service disparaît lorsqu'il conduit à la constitution d'un droit réel qui peut être cédé. Dans ce dernier cas en effet le travail s'incorpore au bien, et le régime juridique du service se confond avec celui du bien. Cette remarque s'applique aussi bien aux transferts de propriétés corporelles, qu'à ceux de propriétés incorporelles (3).

26. Un autre caractère positif du service permet d'en mieux délimiter le domaine. Le service se manifeste par l'incorporation d'une part importante de valeur ajoutée dans son prix. Cette analyse économique signifie pour le juriste que les services sont constitués par des obligations de faire.

Les services sont donc des obligations de faire, fournis de manière indépendante et ne donnant pas lieu à la création ou à la cession d'un droit réel.

27. Cette première définition permet d'exclure certaines activités parfois considérées comme des services (4). Il en est ainsi non seulement des activités de distribution mais aussi des activités d'assurances ainsi que des opérations de crédit (5). Dans tous ces cas en effet il ne s'agit pas de fournir un travail mais de transférer, sous certaines conditions la propriété d'un bien de nature particulière : la monnaie.

---

(1) V. supra nº 21.
(2) Voir notamment l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, infra nº 781 et ss ou la loi de 1964 sur les marques, infra nº 560 et ss.
(3) En ce sens R. Savatier, art. précité nº 4.
(4) Voir par exemple la loi sur les marques de services infra nº 560.
(5) Cette exclusion est d'ailleurs parfaitement claire en Droit Européen. (Gavalda, La libération de l'établissement et des prestations de services bancaires dans la C.E.E., art. précité nº 17 et ss).

La définition donnée plus haut ne permet cependant pas de décider si toutes les obligations de faire doivent être considérées comme des services ou s'il faut adopter une thèse plus restrictive.

Cette dernière solution s'impose. La notion dégagée plus haut demeure en effet très étendue et elle comprend des prestations très diverses. Une conception restrictive s'impose donc pour éviter une trop grande dispersion de la recherche. En outre il est toujours plus facile d'étendre une notion, définie de manière précise, que de restreindre une notion trop extensive, et en conséquence peu homogène.

28. Un autre argument renforce ce choix restrictif. Certains services ont connu un développement tres important, qui leur a conféré une profonde autonomie. Il serait donc inutile et même dangereux pour la compréhension des autres services, de revenir sur ces questions. Il en est notamment ainsi des transports qui font l'objet d'un Droit très spécifique.

Il en est de même pour les intermédiaires : commissionnaires, et courtiers (1). Leur exclusion du champ de cette étude se justifie dans la mesure où leur activité - représenter autrui - suit un régime juridique profondément marqué par celui des professionnels dont ils sont les auxiliaires (2).

En outre leurs prestations, entendues stricto-sensu, ne constituent pas réellement des prestations de travail créatrices de plus value (3). Il est donc légitime de les écarter du domaine des services. Cependant l'activité de représentation n'est souvent que le moyen de concrétiser certains

---

(1) Sur les règles générales propres à ces professions v. Escarra et Rault par Hémard, Les contrats commerciaux t. II nº 624 et ss.

(2) Le phenomène est particulierement fort dans le domaine des transports. V. Rodière, Droit des transports, op. cité t. 3.

(3) Comp. cependant l'article 1er de la loi du ** juillet 1975 relative aux agences de voyages (J.O. 13 juillet - D.1975.C 274) qui qualifie des activités d'intermediaires,de prestations de services. Aucune consequence juridique n'est cependant tirée de cette appellation.

services. Cette tendance se développe de manière sensible à l'heure actuelle dans les services de gestion. Il sera donc souvent utile de mettre en relief le développement des prestations de services dans les activités d'intermédiaires.

29. Les conséquences tenant à l'imprécision des services ne se limitent pas à la détermination du domaine de cette recherche. Elles portent aussi sur la méthode à suivre.

Même limitée au domaine restreint qui vient d'être défini une étude exhaustive des prestations de services fournies par les entreprises est impossible et inutile. La juxtaposition d'une multitude de contrats serait fastidieuse et elle interdirait tout essai de synthèse. Le parti sera donc pris d'ignorer certaines prestations, même importantes et de n'étudier que les services les plus significatifs d'une catégorie de prestations, ou suffisamment peu étudiés pour mériter des développements assez longs.

Si cette recherche ne doit pas être entièrement analytique elle ne peut pas être non plus exclusivement une synthèse de la notion de service, ou une étude purement abstraite de l'entreprise de service (1). La multiplicité de ces activités commande d'en faire d'abord une typologie, afin dans un deuxième temps de dégager si possible l'unité -ou les unités - du phénomène à travers la détermination d'un corps de règles propre aux entreprises prestataires de services.

30. Ainsi la détermination des relations juridiques des entreprises prestataires de services précédera-t-elle naturellement la recherche des règles juridiques des entreprises prestataires de services.

---

(1) Il faut noter que "l'entreprise de service" figure dans les rubriques du Bulletin de la Cour de Cassation, mais avec un sens très restrictif. Cet abstrat ne recouvre en effet que les activités de prêt du personnel.

PREMIERE PARTIE - LES RELATIONS JURIDIQUES DES ENTREPRISES PRESTATAIRES DE SERVICES.

31. Pour les économistes les services sont essentiellement des "Activités". C'est ainsi que les doubles classifications statistiques : activités et produits, ne peuvent être utilisées en matière de services. Les produits se confondent avec les activités.

Ces activités économiques trouvent leur expression juridique dans les obligations de faire. Mais l'optique des économistes est différente de celle des juristes. Les premiers étudient le contenu positif des services. Les seconds au contraire s'intéressent essentiellement aux modes de création et d'extinction des obligations.

32. Cette étude voudrait faire ressortir l'importance juridique, du contenu des prestations.

A la différence des activités de production, les activités de services ne sont pas créatrices de choses susceptibles d'appropriation, ou tout au moins ne sont pas réductibles au résultat matériel obtenu.

Le travail d'un consultant - ingénieur, avocat, etc. - ne se réduit pas au nombre de pages du rapport fourni au client. Il en est de même des services moins intellectuels. Le travail d'entretien ou de réparation d'un véhicule n'apparaît matériellement que pour une très faible part. La simple appréciation du résultat de la prestation est donc très insuffisante. Une connaissance des services n'est possible que par l'étude de leur dérou-

lement.

33. Si ces prestations ne sont pas directement matérialisables, elles sont cependant créatrices de valeur, car elles possèdent une certaine permanence. La comptabilité privée tient compte de cette valeur, sous certaines conditions, pour considérer certains services comme des immobilisations au même titre que les immeubles ou les machines.

Le guide comptable de l'ingénierie (1) à côté des immobilisations corporelles - terrains, immeubles et machines - et des immobilisations incorporelles - fonds de commerce, brevets et marques - prévoit des immobilisations intellectuelles qui sont les moyens de production intellectuels de l'entreprise. Ils comprennent d'abord les études et les recherches n'ayant pas fait l'objet de commandes fermes et se répartissant sur plusieurs exercices. Rentrent aussi dans la même catégorie les "outillages" intellectuels de l'entreprise : programme de traitement sur ordinateurs, savoir faire, modèles mathématiques.

34. Ces données comptables ont une grande signification. Les services ne sont pas seulement des opérations effectuées par les entreprises, ils sont aussi des valeurs permanentes, existant pour l'entreprise en dehors de tout rapport contractuel.

Ce phénomène se manifeste lorsque le service, une fois accompli trouve un support matériel et peut être réutilisé (savoir faire ou programmes d'ordinateurs). Il se manifeste aussi lorsque l'accomplissement du service nécessite une organisation particulière et durable (tant d'ingénieurs chargés d'une étude de longue durée).

---

(1) Guide comptable de l'ingénierie p. 48 ed. par l'association pour l'édition et la diffusion du G.C.I., 2 rue de l'Oratoire Paris 1e.

35. Le doyen Savatier (1) avait déjà relevé - à propos des brevets d'invention - cette tendance à la transformation de toute activité commercialisable en chose capitalisée.

Il est donc nécessaire de se demander si des phénomènes économiques ne peuvent trouver, outre une traduction comptable, une véritable expression juridique alors même qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une propriété incorporelle consacrée.

Les services sont certainement des opérations des entreprises. Il convient de se demander s'ils ne sont pas aussi des biens des entreprises.

Titre I - Les services en tant qu'opérations des entreprises.

Titre II- Les services en tant que biens des entreprises.

---

(1) R. Savatier La vente de services D. 1971 ch. p. 233 et s ; nº 5.

TITRE I - LA FONCTION EN TANT QU'OPERATIONS DES ENTREPRISES

36. Les services traditionnels, artisanaux et libéraux s'adressaient essentiellement aux particuliers. Ils n'ont pas connu de mutations spectaculaires (1) mais ils constituent encore une part très importante des activités de services.

En 1970 (2) 1 % seulement des entreprises du secteur des services employait plus de 500 salariés, alors que 31,4 % en employaient moins de vingt et 58,3 % entre vingt et 100. Au contraire, dans les secteurs industriels modernes (industries énergétiques) 11 % des entreprises employaient plus de 500 personnes, alors que 23, 9 % en employaient moins de vingt, et 43,4 % entre vingt et cent.

37. Si le secteur des services aux particuliers est le domaine d'élection des prestataires traditionnels qui contribuent notamment à limiter la hausse de productivité des entreprises de services (3), il comprend aussi des entreprises beaucoup plus dynamiques. En effet la consommation massive de biens

(1) D.A.T.A.R. questions à la société tertiaire. Travaux et Recherches de prospective. Doc. fsce. Nov. 1973 p. 15 et ss. et p. 123 et ss.
(2) Collection de l'I.N.S.E.E. série D nº 11 Sept 1971. Structure des emplois en 1970.
(3) Elle a été entre 1955 et 1968 de 16 % contre 25 % dans l'industrie (enquête de l'O.C.D.E. citée par les dossiers de l'Entreprise, février 1973 précité p. 62).

techniques, le développement des loisirs, ont provoqué la naissance de nouvelles activités destinées à faciliter la distribution et l'utilisation de ces nouveaux biens. La consommation des services est ainsi passée de 26 à 32 % dans le budget des ménages, entre 1959 et 1968 (1). Ces nouveaux services constitueraient pour certains auteurs (2) le secteur quaternaire, secteur caractéristique des sociétés post-industrielles.

38. Mais les services destinés aux entreprises ont subi des mutations encore plus profondes (3). Les machines - d'une grande complexité technologique - utilisées par les entreprises nécessitent un personnel qualifié. En outre, la concentration et le développement des entreprises, créent une certaine rigidité dans leur gestion. Il est alors plus simple et plus économique de faire appel à des services extérieurs à l'entreprise pour accomplir des tâches annexes ou temporaires, plutôt que d'entretenir des services internes permanents.

Les petites et moyennes entreprises désireuses de se moderniser techniquement, ou de rationaliser leur gestion n'ont pas une capacité financière suffisante, pour entretenir de tels services et elles doivent alors se tourner vers l'extérieur.

Ces phénomènes expliquent le développement très rapide et même anarchique d'entreprises spécialisées dans les services aux entreprises(4).

---

(1) Les dossiers de l'entreprise février 1973 précité p. 39.
(2) H. Kann et A.J. Wiener L'an 2000 (R. Laffont).
(3) D.A.T.A.R., questions à la société tertiaire op. cité p. 143 et ss.
(4) Les dossiers d'entreprise, février 1973, précité p. 30 et s. et p. 44. Voir aussi sur les problèmes de l'ingénierie Le Monde 11 janvier 1972 p. 16.

Une distinction s'impose ainsi à priori entre les services aux particuliers, et les services aux entreprises, même si certains peuvent être fournis simultanément (1).

Chapitre I - Les services aux particuliers

Chapitre II- Les services aux entreprises.

---

(1) L'importance de cette distinction est attestée par toutes les nomenclatures d'activités économiques, qui séparent radicalement les services aux entreprises des services aux particuliers. Il en est ainsi, aussi bien de la classification de l'O.N.U. (Etudes statistiques nº 4 série M Rev. 1 New York 58) reprise par la communauté européenne (J.O.C.E. du 15 janvier 1962) que de la nouvelle classification des Activités économiques établie par l'I.N.S.E.E. et entrée en vigueur le 1er janvier 1974 (voir F. Lestang, Le nouveau système français des nomenclatures d'activités et de produits art. précité).

CHAPITRE I - LES SERVICES AUX PARTICULIERS

39. Les services fournis aux particuliers par des prestataires indépendants ont toujours connu des prestations nettement différenciées: les services intellectuels et les services matériels.

Les premiers étaient traditionnellement l'oeuvre des professions libérales. Leur importance sociale - en raison de leurs liens étroits avec le pouvoir politique et économique - a toujours été reconnue. Les services libéraux dont l'objet est l'usage et la communication d'un savoir, ont été en conséquence le domaine de nombreuses études et ils sont bien connus (1).

Il n'en est pas de même des services matériels fournis essentiellement par des entreprises artisanales (2). Si la catégorie professionnelle d'artisan a été l'objet de la sollicitude du législateur et de la doctrine (3), le contenu de leur activité a longtemps été négligé. La fugitivité et l'insignifiance économique de ces prestations prises isolément ont contribué à l'indifférence relative de la doctrine juridique en cette matière.

---

(1) V. infra nº 42 et ss. L'étude la plus synthétique demeure celle de Monsieur J. Savatier. Les professions libérales, thèse Poitiers 1947. adde A. Lamboley La société civile professionnelle, lib. tech. 1973.
(2) D.A.T.A.R. questions à la société tertiaire, op. cité p. 62 et ss.
(3) Ripert et Roblot, traité, tome 1 nº 194 et ss. Didier, Droit commercial, 1, p. 205.

40. La croissance de la consommation des services, qui constitue une caractéristique essentielle de l'évolution de la consommation des ménages (1) a entraîné de profondes transformations de ces activités.

Les services intellectuels ont connu une évolution beaucoup plus lente que celle des services matériels dont la croissance a été étroitement liée à celle de la consommation des biens techniques : automobiles, appareils électro-ménagers, etc... L'étude des services intellectuels fait aussi apparaître plus souvent une extension du champ d'application des prestations de services qu'une modification de leur contenu. En revanche une césure plus nette se manifeste entre les services matériels traditionnels et les formes nouvelles de ces prestations.

(1) G. Vangrevelinghe, modèles et projections de la consommation Economie et statistiques, novembre 1969.

SECTION I - LES SERVICES INTELLECTUELS

41. Les services intellectuels ont été élaborés pendant longtemps dans le cadre juridique des professions libérales. Le développement récent de ces professions n'a fondamentalement modifié ni leurs structures, ni leur mode de production caractérisé par une grande personnalisation des rapports entre le professionnel et le client.

En revanche les nouveaux besoins de consommation ont contribué à faire naître d'autres services, liés au décalage croissant qui existe entre les possibilités financières des consommateurs et leurs aptitudes à maîtriser ces nouveaux besoins. Ainsi par exemple, au XIXe siècle les agences de voyage, ou les banques ne s'adressaient-elles qu'à de rares privilégiés. Ces entreprises à l'heure actuelle sont à la recherche d'un nouveau public, le nombre de clients compensant la faiblesse des capitaux investis.

Le développement de ces activités, vers des clientèles peu familiarisées à ces techniques, la concurrence acharnée entre les divers prestataires ont provoqué la naissance de services de conseils ou de gestion nouveaux destinés à populariser les activités traditionnelles de ces établissements.

Ainsi à côté des services traditionnels exercés dans le cadre des professions libérales, se développent des services intellectuels exercés dans le cadre des professions commerciales.

Sous-section I - Les services intellectuels, dans le cadre des professions libérales (1).

42. Quelle que soit la variété de ces services, ils ont tous un certain nombre de caractéristiques originales faisant de l'entreprise libérale une catégorie très particulière.

§ I. La variété des activités libérales

43. La nature des prestations libérales impliquent une relation de confiance entre le client et le professionnel (2).

Ces activités supposent un minimum de connaissances abstraites et les prestations fournies sont essentiellement le résultat d'un travail de réflexion. Elles ne peuvent pas être l'oeuvre d'un appareil de production technique ou humain. Elles ne sont pas non plus des opérations portant sur des marchandises (3). C'est pourquoi ces professions sont dans leur nature radicalement opposées aux professions commerciales.

Il est impossible d'en dresser une liste exhaustive : avocats, médecins, notaires, experts comptables, architectes, établissements d'enseignement, ingénieurs conseils, conseils juridiques (4) en sont les catégories les plus importantes et les plus connues.

---

(1) Voir J. Savatier, Les professions libérales, thèse Poitiers 1947
Piedelievre, La productivité dans les professions libérales 1965
R. Savatier, La profession de conseil juridique D. 1969 Ch 145 et s.
(2) J. Savatier, Les professions libérales précité p. 41. Ripert et Roblot traité t. 1 nº 187.
(3) J. Savatier, Les professions libérales p. 190.
(4) Les avoués sont sans aucun doute une profession libérale. Ils seront cependant négligés ici pour deux raisons : d'une part leur activité de représentation est très particulière et est étroitement liée au fonctionnement du service public de la justice. D'autre part ils sont en train de disparaître en tant que profession.

Dans toutes ces professions l'intuitus personae joue un rôle primordial. Il se manifeste d'abord lors de la formation du contrat. L'exercice de l'activité libérale suppose le libre choix du cocontractant. Il se manifeste ensuite dans la détermination du contenu des obligations des parties.

A. La liberté de choix

44. Ce principe joue pour les deux parties : le client et le prestataire.

a) 45. La liberté du client n'est pas contestée. Elle n'est cependant pas sans limites.

Ces limites sont souvent des limites de fait et tiennent à l'absence de concurrence existant dans une région donnée; mais il existe aussi des limites de droit. L'institution de la médecine sociale, ou celle de l'aide judiciaire obligent le client à se confier à des professionnels qu'il n'a pu choisir. Plus généralement les monopoles territoriaux des officiers ministériels limitent le choix du client.

Ce principe du libre choix a cependant longtemps justifié l'interdiction des cessions des cabinets civils et l'interdiction de l'exercice collectif des professions libérales. Mais la jurisprudence a admis une relative patrimonialisation des cabinets civils par le biais du droit de présentation et des clauses de non concurrence (1). La loi et les organisations professionnelles ont consacré l'exercice en groupe des professions libérales (2). Ces atteintes aux principes traditionnels sont cependant assez exceptionnelles.

Le problème du libre choix du client par le professionnel est par contre plus délicat.

---

(1) J. Savatier, Les professions libérales, précité p. 156 et ss.
(2) Loi du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles.

b) 46. La liberté du professionnel est traditionnellement admise lorsque le professionnel ne bénéficie pas de monopole territorial légal. Les avocats et les médecins en particulier ont toujours été très attachés à cette règle. C'est ainsi que l'avocat commis d'office peut en principe refuser cette commission dans la mesure au moins où ce refus n'est pas arbitraire (1) :

Mais le véritable problème est posé par l'incrimination du refus de prestation de services (2).

Les professions libérales ne sont pas soumises à cette disposition sauf lorsqu'elles sont exercées dans le cadre de sociétés commerciales (3). L'intuitus personae pourra alors justifier souvent le refus de contracter émanant du prestataire (4). Il n'en demeure pas moins que la liberté des membres des professions libérales n'est pas absolue. Et dans la mesure où leurs prestations tendent à se standardiser, les justifications au refus de service peuvent être appréciées moins largement.

A cette limitation peuvent s'ajouter d'autres limitations contractuelles ou légales.

47. De plus en plus ces activités sont exercées en groupe, et ces professionnels sont soumis à une certaine hiérarchie. Le médecin travaillant dans une clinique, ou l'avocat travaillant pour un "patron" doivent accepter tous les clients de la clinique ou du cabinet. Le client ne contracte pas avec eux mais avec l'établissement. En s'intégrant dans ces établissements ces prestataires sont obligés de limiter leur liberté.

---

(1) Article 9 de la loi du 31 décembre 1971 sur la nouvelle profession d'avocats.
(2) Article 37, al. 2 de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix.
(3) V. infra nº 828 et 829.
(4) V. infra nº 829.

48. Certaines limites à la liberté du professionnel sont d'origine légale, et elles tiennent à la mission de service public assurée par certains de ces prestataires. Ainsi les officiers ministériels ne peuvent-ils refuser leur ministère.

L'aide judiciaire et les commissions d'office sont imposées aux avocats afin d'assurer le bon fonctionnement de la justice. Ils ne peuvent s'y soustraire sauf raisons impérieuses appréciées par le bâtonnier (1).

Si l'article 63 al. 2 du Code Pénal qui réprime le refus d'assistance à une personne en danger, a une portée générale, il s'applique le plus souvent au médecin (2). A son égard ce texte aboutit pratiquement à renforcer son obligation de fournir ses services dès lors qu'il existe un péril "imminent et constant" même si la prestation fournie dans ces conditions aboutit à la violation de règles professionnelles (3).

Il existe donc d'assez nombreuses contraintes dans l'exercice de ces professions en raison des fonctions d'intérêt général qu'elles assument souvent. Il n'en demeure pas moins que la liberté du professionnel reste très grande. Elle tient à la nature des prestations fournies qui restent encore très individualisées.

B. Les obligations des parties

49. Les prestations du professionnel commandent leur originalité au contrat et influent sur les obligations du client.

---

(1) Article 9 de la loi du 31 décembre 1971 sur la nouvelle profession d'avocat.
(2) R. Vouin Droit Pénal spécial Précis Dalloz nº 177 et s., particulièrement nº 180-1.
(3) Cass. crim. 20 février 1958 Bull. crim. 186 ; D. 1958.534 ; S. 1958.328.

a) Les prestations du professionnel

50. Malgré leur diversité toutes ces professions reposent sur une idée commune. L'objet de leur activité est d'éclairer des profanes dans des matières techniques. Toutes ces professions sont en définitive fondées sur l'idée de conseil ou de mise en oeuvre du conseil donné (1). Le particularisme de cet objet se retrouve dans la responsabilité qui pèse sur ces professionnels.

1) L'objet des prestations

51. Le rôle de conseiller apparaît à l'évidence dans toutes les "nouvelles" professions libérales. Ces activités se sont développées en raison de l'importance accrue de la technicité dans la vie quotidienne. Les professions de conseils juridiques, de conseillers fiscaux, d'ingénieurs conseils, d'experts comptables sont nées à propos des matières spécialisées (2) et se rattachent toutes à cette fonction de conseil.

Ce caractère se retrouve aussi dans les professions libérales traditionnelles.

Les prescriptions du médecin sont en réalité des conseils. Si le malade s'y conforme c'est en raison de la confiance particulière accordée en la science du médecin, non en raison d'une obligation juridique (3).

---

(1) Sur la distinction du conseiller juridique rédacteur d'actes et de l'intermédiaire voir Paris 4 avril 1973 J.C.P. 1973.II.17583 obs. H. Guerin.

(2) Ces activités sont souvent à la limite des activités libérales et commerciales. Le développement de ces professions de conseils techniques a surtout eu lieu dans le cadre des services rendus aux entreprises. C'est pourquoi ces activités seront étudiées essentiellement dans le deuxième chapitre de ce sous-titre.

(3) R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel, art. précité p. 145. Ainsi le médecin doit-il s'assurer du consentement éclairé du malade (Cass. civ. 1e 8 octobre 1974 J.C.P. 1975.II.17955n. R. Savatier.

Le rôle particulier du notaire - authentification des actes - tient à sa compétence particulière et à la qualité des conseils qu'il est à même de donner (1). Sa compétence justifie la confiance que lui font toutes les parties à l'acte (2) et la tâche de service public qui lui est assignée.

Ce caractère de service public se retrouve dans de nombreuses professions libérales et donne un certain particularisme à leurs conseils. Mais le conseil reste le fondement de la prestation. Auxiliaire du service public de la justice l'avocat - à la différence du conseil juridique - n'est pas seulement le conseil de son client. Il doit concourir au bon fonctionnement de la Justice. A ce titre il est aussi le conseil du juge. Ce caractère explique l'originalité de ce mode de conseil oral qu'est la plaidoierie.

52. Ces services peuvent être émis à titre isolé, ou au contraire être réguliers et faire l'objet de véritables contrats d'abonnement. La nature de la prestation n'en est pas modifiée. Des degrés apparaissent cependant dans la portée de ces services. Ils ne sont parfois que de simples renseignements (3) et ont pour objet exclusif de donner des informations reposant sur des faits certains. Parfois, au contraire, ils constituent de véritables conseils comprenant un choix entre plusieurs solutions et une part d'aléa.

Ils peuvent avoir aussi une force de persuasion variable. Dans certains cas la liberté du conseillé peut être totale ou très grande, notamment lorsqu'il est lui-même un initié. Dans d'autres cas, l'incompétence du client rend le conseil pratiquement obligatoire. Le malade n'a guère d'autre ressource que de suivre les prescriptions du médecin (4).

---

(1) R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel, art. précité p. 142. Adde Cass. civ. 1e 25 novembre 1971 J.C.P. 1973.II.17375 et Cass. civ. 1e 9 février 1972 J.C.P. 1973.II.17410.

(2) Cass. req. 22 janvier 1890. D. 1891.1.194.

(3) Lyon 1e 27 octobre 1971 D.1972.327 n. R. Tendler, J.C.P. 1972.II.17012 obs. R. Savatier confirmé par Cass. com. 30.1.1974 D.74.428 n. R. Tendler

(4) En conséquence, le médecin n'est pas tenu d'informer le malade de tous les incidents du traitement. Cass. civ. 1e 14 février [illegible] [illegible] n. R. Savatier.

53. En raison de l'incompétence du client la tâche du professionnel va souvent au-delà du conseil. Il se charge aussi de sa mise en oeuvre. Cette tâche peut être purement matérielle, mais elle comprend le plus souvent l'accomplissement d'actes juridiques. Les mandats apparaissent alors comme le prolongement de l'activité de conseil et comme le moyen de la mise en oeuvre du conseil (1). C'est ainsi que l'avocat depuis la loi du 31 décembre 1971 est aussi mandataire de justice. Ce rôle est devenu en effet le prolongement nécessaire de sa fonction première de guide du procès. Il ne diminue pas l'importance de son activité de conseil, mais l'augmente au contraire (1).

De même l'architecte ne se contente pas de donner des conseils en vue de la réalisation d'immeubles. Il doit normalement conduire et surveiller les travaux (2), et régler les mémoires, etc... (3).

Cette mise en oeuvre du conseil entraîne pour le professionnel une responsabilité plus lourde.

2) Le responsabilité du professionnel

54. Les obligations du professionnel sont normalement des obligations de moyens (4).

---

(1) R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel, art. précité p. 142.
(2) V. par ex. Cass. civ. 3e 22 mai 1973 et 4 juillet 1973 D.1974.233 n. J. Mazeaud.
(3) Flamme, le Paffe , Le contrat d'Entreprise, Bruylant 1966 nº 359 et nº 364 et s.
(4) Sur la responsabilité des notaires v. J. de Poulpiquet, La responsabilité civile et disciplinaire des notaires L.G.D.J. 1974.
Sur la responsabilité des avocats, v. G. Flecheux et F. Fabiani, La responsabilité civile de l'avocat J.C.P. 1974.I.2673.
Sur la responsabilité des médecins, v. F. Chabas, vers un changement de nature de l'obligation médicale J.C.P. 1973.I.2541. C. Vilar, L'évolution de la responsabilité du chirurgien et de l'anesthésiste R.T.D. Civ. 1974.739. F. Leymarie, Anesthésie et responsabilité civile des médecins en clientèle privée J.C.P. 1974.I.2630. J. Penneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médicale L.G.D.J. 1973.

Cette qualification est certaine lorsqu'il se limite à fournir des conseils, c'est-à-dire à proposer un choix entre plusieurs solutions possibles. Le conseil implique l'existence d'un doute, d'un aléa. Le client doit donc prouver normalement la faute du conseiller, dans l'inexactitude du conseil ne suffit pas à prouver la faute qui n'existe que si l'inexactitude a été provoquée par un défaut de diligence notamment en ne respectant pas les règles élémentaires de prudence, en vigueur dans la profession considérée.

En outre, la fourniture du conseil laisse au client la liberté de le mettre en oeuvre. Ce dernier devra donc prouver de manière positive le lien de causalité entre la faute et le dommage. Cette preuve sera facile à faire lorsque la liberté du client n'est que théorique. Elle sera au contraire plus difficile à établir lorsque le client est en mesure et peut vérifier la pertinence du conseil.

Ce problème ne se pose plus lorsque le professionnel se charge de la mise en oeuvre du conseil. La responsabilité du prestataire peut tenir alors non seulement à la faute commise dans l'élaboration du conseil mais aussi à la faute commise dans l'exécution des actes matériels et juridiques nécessaires à la concrétisation du choix opéré. Le professionnel, même dans ces cas, reste en principe tenu d'une simple obligation de moyen, en raison de l'aléa inhérent à ces activités.

55. Cette règle est cependant écartée dans certaines hypothèses. Le notaire rédacteur d'actes est ainsi tenu d'une obligation de résultat, dont le domaine réel est limité, elle ne concerne pas les conseils annexes que peut fournir le notaire.

Dans le même sens l'architecte est tenu de faire construire des ouvrages solides. Leur ruine prématurée fait présumer sa faute.

Plus généralement, les devoirs de diligence de ces prestataires sont souvent renforcés par l'existence d'une obligation de sécurité. Il en

est ainsi pour les cliniques ou les établissements d'enseignement. Mais cette obligation n'est-elle même en principe que de diligence (1). Cependant la standardisation de certaines prestations et la "commercialisation" de ces professions conduisent les tribunaux à alourdir sensiblement la responsabilité de ces prestataires (2).

En outre si ces professionnels peuvent cantonner leurs activités à des spécialités étroites, ils ne peuvent pas se décharger de leur responsabilité par des clauses limitatives. Admettre la solution contraire reviendrait en effet à supprimer l'obligation de fournir le service lui-même (3). La suppression de toute responsabilité serait aussi contraire à l'établissement de liens personnels entre le client et le prestataire.

Les obligations du professionnel sont donc fortement marquées par l'intuitus personae caractérisant les rapports contractuels dans les professions libérales.

Ce rôle de l'intuitus personae se retrouve dans les obligations du client.

b) Les obligations du client

56. L'obligation essentielle du client est de payer le prix du service rendu. Mais la majorité des auteurs estiment que la valeur de la prestation est en grande partie non comptabilisable. Elle est d'abord une valeur humaine (4).

---

(1) J. Savatier, Les professions libérales, op. cité p. 274.
(2) V. pour les médecins F. Chabas , vers un changement de nature de l'obligation médicale art. précité.
(3) R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel, précité p. 151 nº 39.
(4) J. Savatier, op. cité p. 235 et ss.

Cette conception a une incidence sur les modalités de fixation du prix et sur la liberté de fixation du prix.

1 Les modalités de détermination du prix

57. La formation du contrat, suppose souvent d'assez longs pourparlers. Le client s'il renonce à contracter ne doit en principe rien, même si le professionnel a dû effectuer certains travaux. L'offre de service comporte nécessairement une obligation de renseignements (1).

58. Le caractère très personnel de la prestation a pour autre conséquence, la difficulté de déterminer un prix avant la fin de l'exécution du contrat. Ce problème ne se pose pas lorsque les parties sont liées par un contrat d'abonnement. Ces contrats portent sur des prestations assez simples et standardisées. Le prix est généralement déterminé lors de la formation du contrat et payable d'avance (2).

Il en est de même lorsque les honoraires sont tarifés (avoués, médecins conventionnés). Les éléments du prix étant connus, le prix est déterminable. En revanche, lorsque les honoraires sont libres, ces derniers ne sont souvent fixés qu'après l'exécution des prestations. Le client a souvent une idée des honoraires qu'il aura à payer en raison de la pratique de la provision. Mais juridiquement le prix n'est pas déterminé. Cet usage est cependant justifié par la nature des prestations fournies et n'affecte pas la validité du contrat (3).

---

(1) Flamme, Le Paffe, le contrat d'entreprise, précité, nº [illegible] et s. Seul l'architecte a en principe le droit d'être rémunéré pour les plans qu'il a dressés avant la formation du contrat.

2) M. Puech, La société juridique et fiscale de France, mémoire DES Montpellier 1972 p. 117 et s. Adde infra nº 547 et ss.

3) Flamme, Le Paffe, le contrat d'entreprise, précité nº 46. H.L.J. Mazeaud Leçons t. III, nº 1343.

Cette indétermination ne va cependant pas sans risques pour le client. Le problème posé par la liberté des prix est alors particulièrement important.

2) La liberté des prix

59. Si l'ordonnance du 30 juin 1945, s'applique en principe aux services libéraux, la nature des prestations empêche en pratique toute taxation générale. L'administration n'a d'ailleurs jamais prétendu taxer le prix de ces services.

60. Cependant cette liberté n'est pas absolue. Certaines professions - les officiers ministériels essentiellement - voient leurs prix tarifés. Cette tarification joue aussi pour les frais de postulation et de représentation de la nouvelle profession d'avocats (1).

Dans le même sens la plupart des honoraires des médecins sont limités en raison des conventions passées avec la Sécurité sociale (2).

Enfin les tribunaux se reconnaissent le droit de réduire les honoraires en qualifiant ces contrats de mandats (3). Cette qualification est en large partie arbitraire. Mais la solution donnée se justifie. Elle n'est que la conséquence de la liberté de ces professionnels dans la détermination de leurs prestations. Elle est d'autant plus justifiée que la fixation des honoraires après l'exécution du contrat donne au professionnel le pouvoir unilatéral de fixer le prix.

---

(1) Article 10 de la loi du 31 décembre 1971. Ce texte en revanche affirme la liberté des prix en matière d'honoraires.
(2) J.J. Dupeyroux, Sécurité sociale, précis Dalloz 1972 nº 160 et s.
(3) H.L.J. Mazeaud Leçons t. 3 nº 1334. Voir aussi Rennes 17 avril 1969 R.T.D. Civ. 1971.173 obs. Cornu. Adde infra nº 295 et ss.

61. Cette rapide étude, des services libéraux a permis de mettre en évidence leur particularisme, qui a une incidence directe sur les cadres dans lesquels ces activités sont exercées. Le problème se pose en effet de savoir s'il existe une entreprise libérale.

§ 2. L'entreprise libérale

62. La liberté reconnue aux professions libérales est fondée sur le rôle de l'intuitus personae dans les contrats passés par leurs membres. Mais la contre-partie de cette liberté est souvent la rigidité des conditions d'exercice de la profession, qui se traduit par l'existence d'une organisation corporative.

L'importance des considérations morales et intellectuelles dans les services libéraux fait que le "cabinet" ne repose pas sur l'existence d'un capital matériel ou financier, mais sur des qualités humaines. Mais ces professions connaissent des mutations telles que l'on peut parfois parler véritablement d'une entreprise libérale.

A. L'organisation professionnelle

63. De nombreuses activités libérales ne sont soumises à aucune réglementation particulière. Actuellement il en est encore ainsi pour le nombreux conseils techniques, mais la tendance est très nette de réglementer des professions dans la mesure où elles sont liées au fonctionnement d'un service public et où elles exigent de la part de leurs membres des qualités intellectuelles et morales (1).

Le nouveau statut des conseils juridiques (2) en porte témoignage.

---

1. Il est significatif que même en dehors de toute réglementation, les syndicats et associations professionnels tentent d'assainir des professions et cherchent à les ériger en statuts, de fait en particulier le cas de la formation des conseils juridiques et fiscaux qui regroupe environ douze cent membres.
2. Loi du 31 décembre 1971, publiée, J.O. du 5 janvier 1972.

54. Ces contraintes varient selon l'importance sociale de la profession considérée. Le notaire est d'abord un fonctionnaire public. C'est pourquoi il est soumis à un statut très rigide et très particulier, celui d'officier ministériel (1).

A l'inverse le conseil juridique assure essentiellement des tâches d'intérêt privé. Son statut tend simplement à écarter de la profession des personnes manifestement incompétentes ou malhonnêtes.

Des professions comme celle de l'avocat, du médecin ou de l'architecte se trouvent entre ces deux extrêmes.

Malgré leur diversité ces réglementations utilisent toutes des méthodes comparables. Elles portent essentiellement sur l'accès et l'exercice des différentes professions et elles visent à soumettre leurs membres à des organes corporatifs ayant un pouvoir disciplinaire et parfois même réglementaire.

a) L'accès et l'exercice de la profession

55. L'accès à la profession, est généralement soumis à des conditions de titre et de moralité, assurant ainsi un minimum de compétence et d'honnêteté.

Ce contrôle de moralité et de qualification s'exerce normalement pendant toute la durée de l'activité.

Les règles élémentaires de déontologie professionnelle sont généralement fixées directement par le législateur. Elles servent de fondement à ce contrôle professionnel qui peut être assuré directement par les pouvoirs publics (conseils juridiques), mais qui le plus souvent est l'oeuvre d'organes corporatifs.

---

(1) V. J. de Poulpiquet, La responsabilité civile et disciplinaire des notaires J.C.P.J. 1974 précité.

[illegible] Les organes corporatifs

66. Ces organes, ordres et compagnies professionnelles, permettent d'assurer un contrôle par les pairs et par là même constituent en principe une sauvegarde de l'indépendance de ces professions. Ils constituent des groupements obligatoires et en principe égalitaires, réunissant tous les membres de la profession. Ils comprennent généralement des échelons locaux ou (et) régionaux et sont coiffés par un organisme national (1). Les organes essentiels sont en réalité le conseil de l'ordre, représentant la profession, et le conseil de discipline.

67. L'ordre a des compétences variées. Il est chargé de fixer, à titre subsidiaire, les règles de la profession. Il dispose donc un pouvoir réglementaire bien que généralement assez limité (2). Il a pour objet essentiel d'administrer la profession. Il en contrôle l'accès, la représente devant les tribunaux et près des pouvoirs publics. Il contrôle les conditions dans lesquelles ses membres exercent leur profession, gère les organismes d'entraide ou de garantie. Le rôle essentiel de l'ordre est juridictionnel. Les conseils des ordres sont en effet des juridictions disciplinaires. Ils peuvent prononcer des peines allant de l'avertissement à la radiation sous le contrôle cependant des juridictions étatiques, Cour de Cassation ou Conseil d'État.

68. Ces structures traditionnelles, correspondent au souci de préserver la spécificité des services libéraux. Mais le maintien du rôle traditionnel de ces professions ne doit pas faire oublier les mutations qu'elles connaissent. Leur exercice nécessite des connaissances de plus en plus précises et étendues qui s'appuient souvent sur un matériel complexe et coûteux.

---

(1) Seuls les barreaux ne sont pas soumis à cette hiérarchisation, pour des raisons historiques mais aussi politiques.

(2) Sur ce point voir J. M. Auby, Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels [illegible]

Inversement les prestations les plus courantes connaissent une certaine standardisation et parfois même une certaine mécanisation. Les professionnels cherchent aussi à étendre leurs domaines d'activité, et s'adressent de plus en plus aux entreprises.

L'exemple des professions juridiques est significatif de cette évolution. De nombreux avocats s'intéressent plus au juridique qu'au judiciaire et sont favorables en conséquence à un assouplissement de leurs règles professionnelles. Ils prétendent exercer en commun, dans de véritables sociétés, ou avoir le droit d'être membres de conseils d'administration. Le législateur leur donne souvent satisfaction (1). Ils ont parfois même prétendu avoir le monopole des activités juridiques (2).

Cette ouverture au monde des affaires est aussi bien connue pour les notaires , qui ont parfois été grisés par les tentations de la spéculation.

Ces orientations, transforment ces activités libérales. Dans une large mesure, elles ne sont plus l'oeuvre d'un individu, mais la production d'une entreprise.

B. Du cabinet à l'entreprise libérale (3)

69. La patrimonialisation du cabinet est un phénomène, déjà ancien, qui a donné lieu à d'importants débats.

Il a toujours été admis que les offices ministériels avaient une valeur patrimoniale et pouvaient faire l'objet de transactions. Mais la doctrine et la jurisprudence ont longtemps refusé d'admettre la cession des

---

(1) Loi du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles et décret du 20 novembre 1969 sur leur application aux avocats. Article 6 de la loi du 31 décembre 1971 permettant aux avocats d'être membres de conseils d'administration.

(2) Voir les critiques pertinentes du doyen Savatier au D. 1969 ch. 145. La profession de conseil juridique nº 20 et s.

(3) Ce problème sera étudié essentiellement dans la IIe partie, voir infra nº 739 et ss.

cabinets civils. La valeur du cabinet n'existait que par la personne du praticien.

70. La jurisprudence a cependant été amenée à reconnaître la valeur patrimoniale du cabinet (1) en admettant la cession de ses divers éléments : vente du matériel, cession du droit au bail, droit de présentation du successeur, validité des clauses de non concurrence. Cette patrimonialisation était cependant limitée. Le principe de l'exercice individuel de la profession n'était pas remis en cause.

71. Or une tendance très forte à la concentration des cabinets se manifeste. Elle conduit à l'exercice collectif de la profession. Ce phénomène a été consacré par la loi du 29 novembre 1966 qui a fait de la société civile professionnelle, la forme juridique spécifique de l'entreprise libérale collective (2).

A cette concentration correspond naturellement le développement d'une forme particulière de travail subordonné, si ce n'est salarié. Dans tous les barreaux, les cabinets importants comprennent des "collaborateurs" dont l'indépendance est souvent purement formelle. La loi du 31 décembre 1971 a reconnu et réglementé ces contrats de collaboration.

L'existence d'un capital, même s'il est intellectuel, et le développement du travail salarié, même s'il est intellectuel, est caractéristique de l'existence d'une véritable entreprise libérale.

72. Par l'intermédiaire de cette notion d'entreprise libérale, le passage de l'activité purement civile à l'activité commerciale se fait insensiblement.

---

(1) J. Savatier, Les professions libérales, précité p. 156 et s.
R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel, précité nº 26.
Cf aussi P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne R.T.D. civ. 1966.185.

(2) V. infra nº 743 et ss.

La preuve en est qu'il existe des entreprises libérales ayant la forme de sociétés anonymes et dont les actes restent civils (1). En outre les services intellectuels ne sont plus le monopole des professions libérales. Le développement des services intellectuels, comme accessoires d'activité commerciale est un phénomène général.

Sous-Section II - Les services intellectuels dans le cadre des professions commerciales

73. Il n'est pas actuellement de contrats commerciaux qui ne comportent des prestations de services. L'obligation de soins et de diligence dégagée par la jurisprudence dans bon nombre de contrats, n'est souvent que l'expression d'un devoir de conseil (2) qui constitue un élément essentiel du contrat.

La responsabilité du commissionnaire de transport (3) traduit en réalité l'existence de telles prestations. Ce professionnel en effet n'est pas un simple intermédiaire; son activité ne se limite pas à l'accomplissement d'actes juridiques pour le compte du client. Il prend l'initiative de l'organisation du transport et il en assure la gestion matérielle et intellectuelle. En outre lorsque son engagement est "du croire" le commissionnaire prend à sa charge la responsabilité de l'ensemble de l'opération.

Le développement des devoirs de conseil est aussi très important dans la distribution de biens techniques. Le vendeur est de plus en plus souvent tenu d'assurer un véritable service pré-vente. Il doit informer le client des caractéristiques des appareils ainsi que de ses conditions d'uti-

---

(1) Cass. Civ. 3e 5 mars 1971. Bull. III.168 ; J.C.P. 1971.IV.97 R.T.D. com. 1971.980 obs. Jauffret.
(2) Mazeaud t. 2 nº 950, 993, 994 et 1119.
(3) Le contrat de commission, ouvrages collectif dirigé par J. Mazeaud 1949.

R. Rodière, La définition de la commission de transport de marchandises R.T.D. Com. 1957 p. 535 et s.

lisation .

La nature technique de l'oc et loue ou vendu a entraîné le développement d'activités de conseils pré-vente, activités qui vont au-delà du simple renseignement (1). Le vendeur de biens techniques est tenu d'informer le client des caractéristiques de ses appareils et des conditions d'utilisation et d'entretien.

Les catégories traditionnelles du droit civil - théorie de l'erreur, obligation de sécurité, responsabilité contractuelle - ne permettent de rendre compte de ces services que de manière très imparfaite.

Mais ces problèmes ne seront pas étudiés ici. En effet ces services ne prennent toute leur importance que lorsqu'ils accompagnent des biens d'une très grande complexité technologique ; or ce phénomène se manifeste essentiellement dans le cadre des services aux entreprises.

74. L'existence d'un devoir de conseil apparaît dans tous les cas où un professionnel est opposé à une clientèle sans compétence particulière, et il est d'autant plus étendu que les risques courus sont grands.

Les tribunaux imposent ainsi aux agents d'affaires (2) une obligation de conseil très précise, sanctionnée de manière rigoureuse (3).

75. La méfiance des tribunaux envers certaines professions se retrouve parfois chez le législateur. Ainsi en est-il du contrat de promotion immobilière

---

(1) B. Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats L.G.D.J. 1964 n° 203 et s, P.G. Jobin, Les contrats de distribution de biens techniques, Thèse multigraphiée Montpellier 1972 n° 61 et s.

(2) R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel, précité n° 11.

(3) V. Pour un agent immobilier, condamné à rembourser au vendeur, le prix de vente de l'immeuble en raison de la résolution du contrat, Cass. civ. 3e 20 décembre 1971. D. 1972, 157 note F.B. R.T.D. Civ. 1973, 361 n° 11 obs. Durry.

étroitement réglementé par la loi du 16 juillet 1971 qui a créé les articles 1871-1 et ss du code civil (1).

Le promoteur agissant dans le cadre de ce contrat est essentiellement un prestataire de services dont le rôle consiste à obtenir les autorisations nécessaires, passer les marchés, surveiller les entrepreneurs, gérer en définitive les opérations de construction (2). Cette convention qualifiée par le législateur de mandat d'intérêt commun (3) comporte en réalité des obligations qui vont très au-delà de celles d'un simple mandataire. Le promoteur est en effet tenu d'une double mission. Il doit d'abord assurer la réalisation de l'édifice. Il doit ensuite gérer l'opération.

76. Pour réaliser sa première tâche, il passe au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage des contrats de louage d'ouvrage. Le législateur en a donc fait un mandataire mais il aurait tout aussi bien pu en faire un entrepreneur général, concluant des contrats de sous traitance. En effet le promoteur dispose d'une très grande liberté dans le choix des différents locateurs d'ouvrage (4). Les contrats de mandat n'interviennent donc que postérieurement à une étude sur les opérations nécessaires, la compétence des différents entrepreneurs, etc... Les mandats ne sont en définitive que le prolongement d'un travail de conception et d'organisation (5). En outre le "mandataire" est soumis à une très lourde responsabilité puisqu'il est tenu de garantir les ouvrages dans les mêmes conditions que les locateurs d'ouvrage. En pratique donc, ses obligations sont aussi étendues que celles d'un maître d'oeuvre chargé d'assurer personnellement le soin de la construction. A ces res-

---

(1) V. Ph. Jestaz, Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière D. 1972 ch. 177. Giverdon, Le contrat de promotion immobilière G.P. 1972. 1. doct. 213 R. Martin, La promotion immobilière Ann. Loy. 1973.1104.
(2) Le promoteur a ainsi pu être comparé à un architecte. (Ph. Jestaz, art. précité nº 13).
(3) Sur les discussions concernant la qualification à donner v. Jestaz, art. précité nº 130.
(4) Jestaz art. précité nº 136.
(5) Comp. Cass. civ. 3e 6 janvier 1976 D. 1976 I R. 102.

ponsabilités de "constructeur" s'ajoutent celles de gestionnaire.

77. En effet, le promoteur est chargé d'une deuxième tâche. Il doit effectuer toutes les opérations juridiques, administratives et financières impliquées par la construction de l'édifice [1]. Ces études et ces conseils constituent des services fournis directement par le promoteur. Ils sont le moyen d'assurer la coordination des diverses opérations matérielles de construction.

Ainsi le promoteur est-il tenu d'effectuer personnellement ou de faire effectuer l'ensemble des opérations intellectuelles nécessaires à la réalisation de l'immeuble selon les conditions spécifiées par le contrat de promotion. Cette responsabilité de l'ensemble de l'opération se manifeste par l'obligation de résultat qui pèse sur lui, aussi bien quant à la conformité de l'ouvrage, que quant aux délais d'exécution.

78. L'importance des services intellectuels fournis par les professionnels contribue donc à accroître sensiblement leurs responsabilités. Or ces nouvelles obligations imposées par le législateur ou par le juge ne traduisent pas seulement une méfiance envers certaines professions. Elles sont le résultat naturel du développement des services fournis par les entreprises.

Ce rôle nouveau des services apparaît clairement dans les efforts faits par certaines professions -Agences de voyages, banques - pour donner à leurs activités un visage dynamique.

80. Traditionnellement ces professions avaient une clientèle limitée, composée de riches particuliers ou d'entreprises.

De plus en plus elles recherchent une "clientèle de masse" et sont obligées d'adapter leurs services aux besoins de ces catégories de clients.

---

[1] Ph. [illegible], précité [illegible].

§ 1 - Les services intellectuels et les agences de voyages (1)

81. Le rôle traditionnel des agences de voyages était de servir d'intermédiaire entre les professionnels des loisirs - transporteurs, hôteliers, entreprises de spectacles - et la clientèle. Leur activité consistait essentiellement à vendre des billets et à informer les clients des différentes possibilités touristiques (2).

Mais cette activité s'est profondément transformée. L'institution des "congés payés", la hausse du niveau de vie, ont fait des loisirs et des vacances un phénomène caractéristique des sociétés dites de consommation. Or le nouveau voyageur n'a ni le temps, ni les moyens de prévoir, d'organiser son voyage.

Le "vacancier", de plus en plus, recherche pour ses vacances "la vraie vie" (3). Il veut pendant un mois abolir toutes les contraintes qui déterminent étroitement sa conduite pendant les onze autres mois. Et le premier pas vers cette liberté - illusoire ou réelle peu importe - est de s'abandonner totalement à l'organisation, qui a tout prévu, qui règle tout, qui crée un univers sécurisant, qui décharge de tout souci matériel.

---

(1) Sur les agences de voyages voir Giorgiades, La responsabilité du commissionnaire de transport et de l'agence de voyages. Revue française de droit aérien 1952 p. 40. R. Rodière, La responsabilité des agences de voyages D. 1958 ch. 241. Chauveau, La croisière maritime J.C.P. 1959.I. 1498. Budin et Ponelle, Agences de voyages C.P. 1963.2. doct. p. 37. P. Couvrat, Les agences de voyages en droit français, thèse Poitiers 1967. P. Couvrat, Le projet de convention internationale relative au contrat de voyage D. 1969 ch. 57.

(2) Il est à remarquer que la loi du 11 juillet 1975 relative aux agences de voyages (J.O. du 13 juillet, D. 1975.2.274) qualifie dans son article premier ces activités de prestations de services, sans d'ailleurs tirer des conséquences juridiques de cette qualification.

(3) A. Laurent, Libérer les vacances. Le Seuil, collection "Peuple et culture"

[illegible], Les agences [illegible] sont [illegible] placées pour [illegible] de telles vacances (1). Elles connaissent les professionnels de l'hôtellerie et des transports, ainsi que les réglementations en vigueur - change, droit des pays étrangers, etc... Elles peuvent surtout [illegible] pour l'hébergement et pour le transport. L'exemple du transport aérien est à ce titre significatif.

Le prix élevé des billets d'avion tient en grande partie au faible taux de remplissage des appareils sur les lignes régulières et à la qualité des services fournis - personnel navigant nombreux, repas, etc... Au contraire l'affrètement à la demande permet d'obtenir des coefficients de remplissage beaucoup plus importants, donc de baisser les prix. Des prix plus bas justifient pour le public des conditions de transport plus économiques, permettant encore d'abaisser les prix.

c3. Dans ce cadre nouveau, l'agence ne se limite plus à "vendre des billets". Elle organise l'itinéraire, retient les hôtels et les restaurants, retient les distractions, etc., pour un prix forfaitaire.

Cette organisation ne se fait pas seulement à la demande d'un client déterminé. Elle se fait surtout à l'avance. Le client a seulement le choix entre plusieurs formules complètes. L'agence vend alors des vacances, comme n'importe quel produit (2).

Les techniques juridiques mises en œuvre dans les fonctions traditionnelles des agences, se sont trouvées modifiées par ces nouvelles

---

(1) La réglementation de la profession d'agent de voyage, se rattache aussi à cette transformation de son rôle social et économique. Elle était rendue nécessaire par la multiplication de petits organisateurs offrant peu de garantie et par l'impossibilité pour cette nouvelle clientèle de se protéger efficacement contre des promesses [illegible], cf. la loi [illegible] du [illegible]

(2) [illegible]

fonctions (1).

A. Les fonctions traditionnelles de l'agence

34. La qualification du contrat ne pose pas de problème lorsque l'agence se limite à son rôle traditionnel - vente de billets ou de bons d'hôtel -. L'agence agit en tant que mandataire salarié.

A ce titre elle ne répond que de sa faute - inexécution ou mauvaise exécution des ordres de son client -. Elle ne répond naturellement pas des fautes du transporteur ou de l'hôtelier (2).

L'agence peut, il est vrai, commettre des fautes dans le choix de ces prestataires. Elle peut aussi fournir des renseignements inexacts ou s'abstenir de fournir des renseignements indispensables - horaires, formalités douanières, etc... Elle pourra alors être tenue pour responsable des complications qui en auront résulté pour le voyageur (3).

Ces obligations peuvent rentrer sans difficulté dans le cadre du mandat. L'obligation de renseignement est inhérente aux contrats professionnels (4).

---

(1) Il faut aussi noter que ces transformations ont conduit le législateur à réglementer la création des agences de voyage, en exigeant la possession d'une licence qui n'est délivrée que si le prestataire peut justifier de sa capacité financière et intellectuelle (Loi 75.627 du 11 juillet 1975 J.O. du 13 juillet p. 7230 D. 1975.2.274 art. 3).
Le développement anarchique d'organisateurs de voyages avait entraîné de nombreuses difficultés. Des agences incompétentes ou malhonnêtes ne faisaient pas face à toutes leurs obligations, et "abandonnaient" parfois leurs clients à l'étranger dans des conditions précaires.

(2) Cass. req. 14 novembre 1939 D.H. 1940.75. Voir aussi l'abondante jurisprudence citée par P. Couvrat dans sa thèse précitée p. 120 et s.

(3) Voir par ex. Paris 25 novembre 1955 J.C.P. 1956.II.9240 qui impose à l'agence d'être le conseil juridique de son client.

(4) B. Gross, L'obligation de garantie, op. précitée p. 107.

85. Cependant ces obligations mettent très l'accent sur une fonction nouvelle des agences de voyages. Lorsqu'une agence vend un billet de chemin de fer, il est impensable de la rendre responsable de l'accident survenu pendant le transport. Il n'est possible d'engager la responsabilité de l'agence que si elle n'a pas accompli scrupuleusement le mandat donné par le client : changement d'horaires, erreur de destination, places non retenues,

Au contraire lorsque le client laisse à l'agence le choix du transporteur, ou même du mode de transport, cette dernière a un devoir de conseil à remplir. Elle doit indiquer au client le transporteur répondant le mieux à ses besoins. Le conseil est souvent implicite. Le client exprime ses désirs ; l'agence lui remet les billets ou les réservations qui lui semblent le mieux correspondre à ces désirs. Le conseil est donc inexprimé, il n'en est pas moins le fondement de la décision de l'agence, dont importance croît au fur et à mesure que l'agence a à faire à des clients de plus en plus incertains sur les modalités de leur voyage.

Le devoir de conseil devient dans une certaine mesure la raison d'être des agences de voyage. Les tribunaux, sanctionnent souvent l'inexécution de cette obligation, lorsqu'ils condamnent les agences pour faute personnelle (1).

Cette tâche de conception apparaît encore plus nettement lorsque l'agence "vend" les vacances qu'elle a organisées,

---

1 : Cf l'arrêt inédit de la Cour de Paris du 3 avril 1961 cité par Monsieur P. Couvrat dans sa thèse p. 177. La Cour a condamné à des dommages intérêts une agence qui n'avait pas prévenu son client de l'impossibilité d'effectuer une réservation d'hôtel.

3. Les fonctions nouvelles de l'agence

86. Les agences importantes prévoient des vacances types, dont le confort ou le luxe, les distractions sont variables. Chaque voyage est vendu à un prix forfaitaire à tout intéressé.

L'agence affrête des moyens de transport - avions, navires, trains, autocars - réserve les hôtels, organise les visites, les excursions, des concerts. Parfois elle gère elle-même ces moyens. Elle peut être propriétaire d'hôtels ou de "villages clubs", d'autocars, etc... Elle s'occupe en outre des formalités juridiques - douane, change, etc...

Chaque prestation est subtilement dosée. Le client en achetant ce produit, est censé savoir exactement où il sera, ce qu'il fera à chaque instant.

87. L'agence ne se limite plus donc à conseiller le client et à mettre ce dernier en rapport avec les différents prestataires. Elle assure personnellement l'ensemble de l'opération. Sa tâche fondamentale est de coordonner les différentes prestations (1). L'agence devient l'architecte du voyage (2)

---

(1) Sur une définition des rôles de l'agence de voyage, voir l'article 1 de la loi du 11 juillet 1975 (J.O. du 13 juillet, D. 1975.2.274) qui soumet à la loi les agences qui "se livrent ou apportent leur concours a) à l'organisation de voyages ou de séjours individuels ou collectifs ou la vente (sic) des produits de cette activité ; b) la prestation des services pouvant être fournis à l'occasion de voyages ou de séjours, notamment la délivrance de titres de transport, la réservation de places dans les moyens de transports de voyageurs, la mise à la disposition ou la location même partielle, de ces moyens de transport, la réservation de chambres dans les établissements hôteliers ou dans les locaux d'hébergement collectif, la délivrance de bons d'hébergement ou de restauration ; c) la prestation des services liés à l'accueil touristique, notamment l'organisation de visites de villes, de sites ou de monuments, le service de guides interprètes, d'accompagnateurs ou de courriers".

(2) L'expression est de l'avocat général Combaldieu (Concl. Paris 26 mars 1958 journal des agréés 1958.145).

[illegible] d'un [illegible], [illegible] n'apparaît pas. Les prestations matérielles, elles-mêmes – transport, logement – deviennent secondaires.

Ce qui importe au client est l'organisation [illegible], originale de ces différents éléments. Cette œuvre est une œuvre de conception intellectuelle.

[illegible]. Dans de nombreux cas, l'agence ne fournit plus que des services de conception se déchargeant des services matériels sur différents spécialistes: transporteurs, hôteliers, restaurateurs [1].

L'importance de ces nouvelles prestations se manifeste à travers la nature juridique de l'opération.

34. En principe les rapports globaux entre l'agence et le client ne sont pas affectés par ceux existant entre l'agence et les prestataires spécialisés [2, 3]. Cette affirmation doit cependant être nuancée.

---

[1] Monsieur P. Couvrat (thèse précitée p. 138) voit dans le travail personnel et spécifique de l'agence des actes matériels. Ce terme n'est pas faux dans la mesure où il oppose ces actes à des actes juridiques. Mais ces prestations sont essentiellement des prestations intellectuelles. L'agence peut aussi se charger de certaines prestations matérielles – gestion d'un village, de croisières, etc... Mais ces activités ne sont pas [illegible] des agences.

[2] Sur la variété [illegible] voir P. Couvrat, Les agences de voyages, [illegible].

[3] Ces rapports sont cependant importants pour déterminer les différents recours [illegible] entre les [illegible] ... les différents prestataires ne peuvent être [illegible], l'agence n'est souvent que la filiale de grandes sociétés de transport ou d'hôtellerie. Ainsi Air France et Havas Voyages ont d'importantes participations dans AIRTOUR et dans JETTOUR. Air France contrôle Jet tour à 70 %, Tourisme SNCF est contrôlé par la SNCF, Sotravat [illegible] par la Compagnie générale transatlantique. [illegible]

Les "contrats de voyage" ne sont pas uniformes. Ils peuvent en partie dépendre des rapports qu'ont les agences avec leurs exécutants. La qualité de transporteur ou d'hôtelier de l'agence peut avoir une incidence notable sur le régime du contrat (1).

Mais ces distinctions ne sont pas fondamentales et elles ne suffisent pas à rompre l'unité du contrat de voyage qui n'est jamais une simple juxtaposition de contrats nommés (2).

Les tribunaux cependant ne se sont préoccupés de la nature du contrat que pour dégager certaines obligations qui leur semblaient essentielles (3). Il en a résulté une grande diversité de qualifications.

90. Cette attitude présente cependant de graves dangers. La jurisprudence afin de donner de "bonnes" solutions a été conduite à élaborer des concepts détachés de la réalité. Ainsi tout en maintenant la qualification de mandat, les tribunaux ont-ils étendu démesurément la notion de faute du mandataire (5). Dire parce qu'un taxi a eu un accident (6) que l'agence a commis une faute en ne choisissant pas le taxi avec assez de soin et la rendre responsable des suites de l'accident revient à faire de la notion de faute un concept purement formel se détachant de tout support réel, et à étendre la notion de

---

(1) P. Couvrat, Les agences de voyage, précité p. 190.
(2) Idem p. 181 et s.
(3) idem p. 104 et s.
(4) P. Chauveau, La croisière maritime J.C.P. 1959.I.1498 précité
P. Couvrat, Les agences de voyage, précité p. 175.
(5) P. Couvrat, Les agences de voyage, précité p. 141.
(6) Cass. civ. 1e 15 décembre 1969 D. 1970.326. n. P. Couvrat. Voir dans le même sens pour un taxi insolvable. Paris 25 novembre 1955 J.C.P. 1956. II. 9240 obs. Rodière.

mandat de manière démesurée (1). La faute reprochée en effet ne concerne pas réellement l'exécution du mandat. Elle concerne le choix préalable, c'est-à-dire le conseil.

De même qualifier de transporteur, l'agence qui a loué un autocar, est souvent abusif (2).

91. La description du contrat de voyage a montré en effet que ce contrat déborde du cadre du mandat ou du transport. Très souvent même l'objet du contrat de voyage n'est plus un transport (3) mais l'organisation de vacances complètes.

Ces services intellectuels rentrent dans le cadre du contrat d'entreprise. Cette qualification est d'ailleurs retenue par la doctrine moderne (4). De même le projet de convention internationale relative au contrat de voyage (5) décrit les obligations de l'organisateur comme étant des prestations de services et impose à ce dernier une responsabilité incompatible avec celle d'un mandataire.

Cette qualification est aussi retenue par la jurisprudence récente qui a conscience des mutations économiques subies par ce contrat (6).

---

(1) Cf note R. Rodière au J.C.P. 1956, II, 9240 sous Paris 25 novembre 1955.
(2) Lyon 23 juillet 1952 D. 1952, 586.
(3) Deprez, Juriscl. civil responsabilité civile a. 1382, 1383 3e partie 1e fascicule.
(4) P. Couvrat, Les agences de voyage, précité p. 287 et s.
(5) P. Couvrat, Le projet de convention internationale relative au contrat de voyage. D. 1969 ch. 57.
(6) Cass. civ. 1e 27 octobre 1970 D. 1971, 449 n. P. Couvrat J.C.P. 1971. II. 16624 obs. Rodière.

Dans cette dernière affaire soumise à la Cour suprême, l'agence assurait personnellement un certain nombre de services matériels : logement, nourriture, excursions et distractions. Mais l'arrêt de la Cour d'appel, non critiqué par la Cour de cassation, justifiait sa qualification essentiellement par le fait que l'agence était "l'organisateur du voyage".

92. Cette qualification doit d'autant plus être retenue qu'elle correspond au régime juridique de ce contrat tel qu'il a été forgé empiriquement par les tribunaux.

L'agence actuellement n'est pas en principe responsable des prestataires de services avec qui elle a contracté - transporteurs et hôteliers essentiellement - (1). Elle n'est responsable de la mauvaise exécution matérielle du voyage que lorsqu'elle a personnellement assuré la prestation critiquée.

Cette solution est sans doute regrettable (2). Il serait préférable de considérer que l'agence assume l'ensemble du voyage et qu'elle est donc responsable de tous les dommages subis, qu'ils aient été provoqués par elle ou par ses sous traitants (3).

Mais cette analyse suppose des agences puissantes qui peuvent imposer leurs conditions à leurs sous traitants et les surveiller effectivement. Or la plupart des agences françaises sont artisanales (4) et subissent les conditions des divers prestataires concourant à l'exécution du voyage. Même les agences importantes sont dépendantes de ces derniers. En effet les principales agences de voyage sont des filiales de transporteurs ou d'hôteliers (5). Il est normal dans ces conditions de ne pas obliger les agences

---

(1) Note P. Couvrat au D. 1971.449.
(2) Cf le projet de convention internationale du contrat de voyage (article précité) qui prévoit une responsabilité de l'agence, pour tous les dommages quel que soit le prestataire.
(3) Cass. civ. 12 février 1868 D. 1868.I.302.
(4) P. Couvrat, Les agences de voyage, précité p. 7.
(5) Les dossiers d'entreprise février 1973 précité p. 53 et s.

[illegible] répondre, [illegible] droit, [illegible] fautes de ces diverses entreprises.

Par contre, en tant qu'organisateur du voyage il lui appartient de prévoir d'éventuelles défaillances et de faire en sorte qu'elles n'aient pas de conséquence dommageable.

La jurisprudence moderne s'explique alors naturellement.

Si l'agence ne peut éviter un accident de véhicules à l'étranger, elle doit faire en sorte que la victime puisse être rapatriée (1) et indemnisée (2).

Si elle n'a pas normalement à assumer les obligations d'un transporteur, elle doit faire en sorte que le client puisse exercer son recours contre le transporteur fautif, en lui apportant toute l'aide nécessaire (3). Ce devoir d'assistance juridique - autre prestation intellectuelle - découle naturellement de la fonction de l'agence.

De même si elle ne peut éviter une grève, elle doit s'assurer que le transporteur auprès de qui elle a fait assurer des réservations, n'est pas paralysé par une grève (4).

En outre, lorsque l'agence assure elle-même certaines prestations matérielles elle répond évidemment de ses fautes dans leur exécution.

Enfin lorsque l'agence apparaît comme seule organisatrice du voyage, elle doit répondre de tous les dommages [illegible] en réalité elle [illegible] le voyage (5). Cette situation est de plus en plus fréquente dans la mesure où l'agence n'apparaît pas comme dépendante des divers sous traitants (6).

---

(1) Cass. civ. 1e 15 décembre [illegible] précité.
Paris [illegible] précité.
(2) Cass. civ. 1e [illegible] 1970 précité.
(3) Cass. civ. 1e [illegible] novembre [illegible] arrêt [illegible] note P. [illegible].
(4) Angers 3 avril 1973 [illegible] 1973.II.17478 [illegible] R. [illegible]
[illegible] 15 octobre 1974 D. 1975 [illegible] 1975.II. [illegible]
[illegible] civ. 1e [illegible] 1976 D. 1976 [illegible].
(6) Cf observations R. Rodière sous Angers 3 avril [illegible] précité.

94. Dans tous les cas, quelle que soit l'étendue de la responsabilité de l'organisateur de voyages, les services intellectuels sont essentiels et ils commandent la nature et le régime juridique du contrat.

Ces services d'organisation font naître de nouvelles obligations. C'est ainsi que l'agence est tenue d'une obligation générale d'assistance et de conseil, avant, pendant, et parfois après l'exécution du contrat.

L'étude du contrat de voyage a permis de mettre en évidence l'importance des services de conception. Des prestations comparables apparaissent chaque fois qu'un professionnel s'adresse à une clientèle "non initiée". L'exemple des banques est caractéristique aussi du développement des services intellectuels.

§ 2 - Les services intellectuels et les banques

95. Le développement des services bancaires (1) est lié au développement des activités traditionnelles - crédit et opérations financières - des banques. Ces services s'adressent d'abord aux entreprises (2) dont les banques sont des partenaires nécessaires et même peut-on dire permanents.

Mais le développement de la consommation des ménages, la croissance générale du niveau de vie ont eu pour conséquence la naissance d'une nouvelle clientèle. De nouvelles catégories sociales - caires essentiellement- sont susceptibles de faire un appel répété au crédit - crédit à la construction, crédit à la consommation - et sont susceptibles de fournir de nouvelles

(1) Sur la diversité de ces services voir J. Suru, La banque au service des clients. Banque 1971.769. M. Schlogel, Le service complet, objectif des banques françaises. Banque 1971.643. Gaudur, Services bancaires et entreprises, Banque 1972.791. Cl. Bourillon, Les nouveaux services bancaires Banque 1968.189. A. Henry, Les services bancaires, thèse multigraphiée

(2) Voir infra chapitre II nº 353 et ss.

ressources aux banques (1).

Pour attirer cette clientèle les banques ont dû modifier leurs prestations et développer l'ensemble de leurs services.

96. Certains sont des services spécifiquement bancaires. Il en est ainsi du service de caisse, service pratiquement très important, et imposé par la loi au banquier (2).

Les cartes de crédit assurent une garantie de paiement, une ouverture de crédit et un service de caisse. De même la domiciliation (3) est devenue un service très utilisé par les particuliers. Ces services sont le préalable indispensable des opérations de crédit et sont liés à la tenue du compte (4).

D'autres sont plus originaux et sortent du rôle traditionnel des banques. Ils sont fondés sur la connaissance par les banques des mécanismes financiers et monétaires et sur l'incompétence de leurs clients. Ils consistent en la fourniture de conseils. Ce rôle n'est cependant pas totalement nouveau. Les usages bancaires - sanctionnés par les tribunaux - ont toujours

---

(1) Le rapprochement des banques de dépôts et des banques d'affaires est caractéristique de cette nouvelle situation. Cf Loi du 17 mai 1966 et décret 66.81 du 25 janvier 1966, Gavalda et Stoufflet, Droit de la Banque, op. cité n° 95 et ss.

2) Gavalda et Stoufflet n° 505 et ss.

3) V. le devoir de conseil renforcé du banquier domiciliataire lorsqu'il agit comme intermédiaire agréé et assure à ce titre un service public. Cass. com. 9 avril 1973 et Paris 7 avril 1973 (J.C.P. 1973.II.17555 obs. Gavalda.

4) Malgré leur importance, nous ne développerons donc pas l'étude de ces services.
En effet ces prestations sont étroitement liées à la création d'un type particulier de monnaie - la monnaie de compte - et ne peuvent être détachées de l'ensemble des activités bancaires. Leurs caractères juridiques ne peuvent être compris qu'en tenant compte du particularisme des entreprises de banque.

admis l'existence d'un devoir de conseil à la charge de la banque (1).

Mais ce qui était essentiellement un devoir devient une politique volontaire des banques, qui cherchent aussi à moderniser par ces prestations leur image de marque.

Le conseil bancaire n'est plus seulement une obligation accessoire d'une opération bancaire traditionnelle. Il devient l'objet essentiel de certains contrats, et constitue un service autonome.

A. Les services traditionnels accessoires

97. Il n'est plus de secteur dans lequel le banquier puisse se limiter à exécuter passivement les ordres de son client.

Le banquier doit être un professionnel particulièrement compétent, et son activité est étroitement réglementée et contrôlée. C'est pourquoi il doit informer ses clients des risques financiers et aussi des risques juridiques. Son rôle va même plus loin. Il doit faire en sorte que les opérations qu'il effectue pour le compte du client ne portent pas préjudice aux tiers.

a) L'information des clients

98. L'opération bancaire la plus simple et la plus courante est l'ouverture d'un compte de dépôt (2). Le banquier en principe n'a pas à intervenir dans le fonctionnement du compte.

---

(1) V. pour le devoir de conseil du banquier dans le cadre d'une opération boursière Aix 9 mai 1972 J.C.P. 1974.II.17900 n. Ch. Scapel, et dans le cadre d'une opération de couverture de change à terme Cass. com. 28 octobre 1974 J.C.P. 1976.II.18251 n. Boitard et J.C.P. CCI 1976.I. 12028 n. Ch.Scapel.

(2) Les dépôts à vue représentent environ les deux tiers des disponibilités monétaires des banques contre la moitié en 1950 et le tiers seulement en 1938. Cette augmentation des dépôts est en partie liée au développement du nombre des agences. Au cours de l'année 1970 la B.N.P. a créé 168 nouveaux guichets, le Crédit Lyonnais 116, la Société Générale 128, le groupe CIC 63, et le CCF 13 (chiffres tirés d'Entreprise, mai 1971).

Les banques cependant informent régulièrement leurs clients de la situation de leurs comptes. Cette pratique, développée par les usages bancaires, est présentée par certaines banques comme un service original. Les relevés de compte périodiques retracent les opérations effectuées pendant la période considérée, et font ressortir le solde provisoire du compte. Leur envoi, bien que facultatif, est de plus en plus fréquent. Il est même parfois quotidien [1].

Ces relevés constituent en principe une simple information qui ne vaut sûrement pas arrêté de compte [2]. Cependant ils ne sont pas dépourvus de valeur juridique. Ils peuvent servir de commencement de preuve par écrit, ou témoigner de la bonne foi d'un client ayant émis un chèque sans provision. Ils pourraient enfin être invoqués contre le banquier en cas d'erreur commise par ce dernier [3].

99. D'autres obligations sont à la charge du banquier. La jurisprudence tend à lui imposer un devoir général de surveillance et de conseil dans le fonctionnement du compte. Ce devoir peut prendre des formes variées.

Il consiste d'abord en une obligation de surveillance et de vérification. Par exemple le banquier doit vérifier la régularité des ordres de virement [4] ou des chèques [5] qui lui sont remis. Il doit en particulier s'assurer que le chèque n'a pas été grossièrement falsifié et vérifier l'identité du porteur.

---

[1] Le CIC et le CCF en particulier. Cf. A. Henry, Les services bancaires, précité p. [illegible] et s.

[2] C. Cavalda, La révision et le redressement des comptes bancaires, Mélanges Cabrillac p. [illegible] et s.

[3] Idem p. [illegible] et [illegible].

[4] Aix [illegible] mai [illegible] J.C.P. [illegible], II, [illegible] obs. Cabrillac, Paris [illegible] avril [illegible] J.C.P. [illegible], II, [illegible].

[5] Parmi de nombreuses décisions voir par ex. Cass. civ. [illegible] avril [illegible] [illegible]

Ce devoir se double ensuite d'une obligation d'information. Ainsi dans le cas d'un chèque sans provision remis à l'encaissement, le banquier doit informer son client des risques courus, à défaut de quoi il serait responsable du préjudice subi par le client qui aurait continué à faire crédit au débiteur de l'effet (1).

100. Enfin, le banquier peut être tenu d'un véritable devoir de conseil juridique. C'est ainsi qu'il doit informer son client des conséquences qu'il peut y avoir à ne pas remplir la case réservée au "bénéficiaire" dans le cas de remise d'un chèque de virement postal (2).

Ce devoir de conseil est encore plus impérieux lorsque l'opération est plus complexe.

Une des fonctions essentielles des banques est d'agir comme intermédiaire agréée en matière de changes. Chargée d'assurer les opérations de change pour le compte de son client la banque doit aussi respecter les règles imposées par les pouvoirs publics.

Dans ses rapports avec le client, la banque doit exécuter correctement les ordres donnés par celui-ci (3). Elle doit aussi attirer son attention sur l'existence de la réglementation en vigueur afin qu'il ne commette pas d'infraction (4).

---

(1) Angers 18 juillet 1951 D. 1951.691, J.C.P. 1951.II.6222, Paris 15 mars 1975 J.C.P. 1975.IV.317. D. 1975 som. 113, R.T.D.Com. 1975.875 obs. Cabrillac, Rives Lange.

(2) Cass. com. 4 octobre 1967 R.T.D.Com. 1968.104. Rouen 12 mars 1969 G.P. 2/4 juillet 1969, Banque 1969.722 obs. X. Marin R.T.D.Com.1969.779 obs. M. Cabrillac et J.L. Rives Lange.

(3) Voir sur la responsabilité du banquier ayant effectué un ordre de change avec retard : Paris 10 novembre 1962 D. 1963.199.

(4) T. Civ. Montauban 16 janvier 1955 J.C.P. 1955.II.8693. Toulouse 1er juillet 1957 J.C.P. 1957.II.10206.

101. Ce devoir se retrouve aussi dans les opérations de bourse (1) ou de gestion de titres (2).

L'épargnant, titulaire d'un portefeuille de valeurs mobilières confie souvent ses titres à la banque afin de limiter les risques de perte ou de vol.

Ce dépôt régulier (3) oblige le banquier à conserver et à rendre les titres qui lui ont été remis.

Mais le rôle de la banque n'est pas seulement passif. Devant la négligence et l'ignorance de nombreux épargnants les banques ont été conduites à prendre l'initiative de conseiller leurs clients, de surveiller l'évolution de leurs portefeuilles et parfois même d'opérer des actes de gestion nécessaires et urgents.

Plus précisément la banque doit avertir le déposant des formalités nécessaires ou utiles à accomplir, des événements susceptibles d'avoir une incidence sur son portefeuille et des risques qui pourraient résulter de son inertie (4).

Il peut même dans certains cas être amenée à gérer directement le portefeuille du client. Ce devoir s'impose lorsque le client risque une perte certaine dans de très brefs délais (5) ou que l'acte à accomplir est obligatoire et ne nécessite pas la collaboration active du client (6).

---

1 Les SICAV constituent des entreprises de gestion de titres qui permettent de fournir aux épargnants des services de cette nature, bien que moins personnalisés que ceux fournis dans le cadre d'un contrat de gestion de titres (V. infra nº 630 et ss.).

2 Aix 9 mai 1972 précité.

3) Ripert et Roblot t. 1 nº 2069 ; H. Cabrillac Jurisclasseur Banque et Bourse fasc. 15.

4 Cass. com. 14 décembre 1965 Bull. civ. III nº 643, Banque [illegible], R.T.D. Com. 1966.375 obs. Bacq. et Cabrillac.

5 Lagarde et Jauffret t. 2 nº [illegible]. Th. [illegible] note [illegible] Cass. com. 12 juillet 1971 D. 1972.153.

6 Ripert et Roblot t. 1 nº 2100. [illegible] Jurisclasseur commercial Annexes Banque et [illegible] fasc. [illegible].

102. Ces interventions du banquier, donnent à ce contrat de dépôt une physionomie originale, Les services fondés sur le devoir d'information et d'assistance du banquier se retrouvent dans l'ensemble des opérations bancaires (1), mais les banques ne doivent pas seulement veiller à l'intérêt de leurs clients. Elles doivent s'assurer que les opérations de ce dernier ne lèsent pas les tiers.

b) Le devoir de surveillance du banquier et les tiers

103. Le titulaire d'un compte bancaire peut en principe le gérer librement, et le banquier est tenu par le secret des affaires (2).

Il en va cependant autrement lorsque le titulaire du compte est en réglement judiciaire ou liquidation des biens. Un débiteur dans cette situation peut se faire ouvrir un compte, afin d'exercer une activité nouvelle, et il peut disposer librement des sommes nécessaires à cette activité (3).

Mais la liberté de ce débiteur se limite aux opérations nécessaires à cette nouvelle activité. Les paiements faits à d'autres créanciers sont inopposables à la masse. La banque est alors tenue de reverser à cette dernière les sommes payées à tort par le débiteur. Cette solution découle des règles sur le dessaisissement du débiteur, et ne nécessite pas qu'il soit fait appel à la responsabilité civile du banquier (4). Cette solution a été admise par la cour de Lyon dans un arrêt du 16 janvier 1969 (5).

---

(1) Ch.Gavalda note sous com. 12 juillet 1971 précité.
(2) Voir Ch.Gavalda note au J.C.P. 1967.II.15306.
(3) Ripert et Roblot t. 2 nº 3032.
(4) En ce sens M. Cabrillac et J.L. Rives Lange R.T.D. Com. 1969.779 et s. comp. R. Houin R.T.D. Com. 1969.585.
(5) Lyon 16 janvier 1969 Gazette judiciaire de Lyon nº 7832 du 24 juin 1969 p. 9. R.T.D.C. 1969.779 obs. Cabrillac et Rives Lange. R.T.D.Com. 1969.585 obs. R. Houin. Dans le même sens voir Grenoble 20 février 1967. R.T.D.Com. 1967.869 obs. Houin R.T.D.Com. 1967.116 obs Becqué et Cabrillac.

Il en résulte pratiquement que le banquier doit dans cette hypothèse vérifier attentivement les mouvements du compte de son client.

Cette combinaison du droit bancaire et du droit de la faillite aboutit en définitive à faire assister le débiteur par le syndic et par le banquier.

104. Ces services de surveillance se retrouvent chaque fois que l'opération est source de risques, et notamment lors de la fourniture de crédit, qui peut léser non seulement la banque mais aussi les autres créanciers du débiteur. Le crédit peut être pour un commerçant en difficultés le seul moyen de continuer son activité. Il peut contribuer alors à induire les tiers en erreur sur la solvabilité du débiteur.

Ce risque est d'autant plus grand, que la banque s'est généralement fait consentir des sûretés, qui garantissent son remboursement, mais limitent encore plus les garanties des autres créanciers.

C'est pourquoi les tribunaux imposent aux banques de surveiller la situation de leurs débiteurs et les rendent responsables des préjudices causés aux tiers lorsque les opérations du débiteur témoignaient de ses difficultés et que la banque a maintenu son ouverture de crédit (1).

---

(1) Cass. com. 25 novembre 1960. Bull. civ. III n° 348, R.T.D. Com. 1961, 460. Banque 1962.269 ; Paris 26 mai 1967. J.C.P. 1968.II, 15518 obs. J. Stoufflet Amiens 24 février 1969 J.C.P. 1969.II, 16124 n. Gavalda, R.T.D. Com. 1969. 1059 obs. Cabrillac et Rives Lange. J. surtout l'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 7 janvier 1976 J.C.P. 1976.II, 18327 note Gavalda et Stoufflet, qui a admis la recevabilité de l'action du syndic contre la banquier. Adde J. Stoufflet, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers J.C.P. 1965.I.1882. C. Gavalda Jurisclasseur Banque et Bourse. Les opérations de crédit fasc. 30 2e cahier. Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque op. cité n° 445 et ss. J. Ghestin, La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976 déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse). J.C.P. 1976.I.2786.

En définitive, la banque est tenue d'une obligation générale de surveillance des comptes et doit demander des explications à son client lorsque celui-ci effectue des opérations inhabituelles.

105. Quelle que soit la diversité des fondements juridiques de ces obligations le contenu positif de ces services est pour le banquier toujours identique.

L'entreprise de banque doit dans tous les cas assurer un contrôle des opérations de ses clients. Cette nécessité doit être prise en compte dans l'organisation même de l'entreprise - tenue et gestion des comptes, personnel, etc... -.

Le fondement de ces services est double. Il repose d'abord sur la compétence du banquier, dans une matière techniquement complexe. Il repose ensuite sur l'incidence des techniques bancaires sur la politique économique générale.

La mission des banques se rattache en partie à une mission de service public (1). Si ce rôle de service public se manifeste essentiellement dans les rapports de la banque avec les tiers, il existe à l'état latent dans les rapports du banquier avec ses clients (2). Il permet, en partie, d'expliquer l'étendue des obligations de conseil du banquier.

106. Ces services ont donc essentiellement une origine légale, même s'ils peuvent dans certains cas être renforcés par la volonté des parties. Ils donnent aux opérations bancaires, une physionomie originale, mais ils ne sont pas le fondement même de ces opérations.

---

(1) R. Houin, R.T.D. Com. 1964.164. Stoufflet, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité, art. précité. Gavalda, Les opérations de crédit, art. précité. V. surtout l'obligation de conseil du banquier domiciliataire agissant comme intermédiaire agréé. Cass. com. 3 avril 1973 et Paris 7 avril 1973 J.C.P. 1973.II.17555 n. Gavalda. Ce devoir est une conséquence directe du rôle de service public imposé dans ce cadre au banquier.

(2) J. Stoufflet, note sous Paris 26 mai 1967 précité ; Gavalda, note sous Amiens 24 février 1969 précité, M. Cabrillac et J.C. Rives Lange R.T.D. Com. 1969.1059 précité.

Or de plus en plus, les banques utilisent leurs capacités et leurs expérience pour développer des services originaux et autonomes.

B. Les services nouveaux autonomes

107. Ces services, ont pour objet de répondre aux besoins de nouvelles catégories d'épargnants (cadres, retraités) titulaires de titres, mais n'ayant ni les compétences ni le temps suffisant pour en assurer la gestion (1).

Dans un premier temps ils se limitent à des services de conseil. Mais la situation des banques les a conduites à assurer directement la gestion de ces portefeuilles.

a) Le conseil

108. Les épargnants ne savent pas toujours comment composer leur portefeuille. Le banquier, spécialiste en ce domaine (2), est alors amené à fournir divers renseignements (3) : cotation des titres, taux d'intérêt, évolution du marché financier, risques ou avantages des divers modes de placement.

Cette activité pose peu de problèmes particuliers. La banque peut voir sa responsabilité engagée si elle fournit des renseignements manifestement inexacts, qu'ils soient boursiers ou commerciaux (4). Mais l'obligation de la banque n'est qu'une obligation de moyens.

---

(1) Ce rôle est aussi assuré par les S.I.C.A.V., voir infra nº 589 et ss.
(2) La supériorité des banques anglo-saxonnes réside dans leur ingénierie financière aussi précieuse que leurs financements. Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque, op. cité nº 32 p. 45.
(3) Gavalda et Stoufflet, op. cité nº 618 bis.
(4) Voir parmi une jurisprudence abondante : Cass. req. 27 mars 1905 D.1905. 301. Cass. req. 2 décembre 1930. D.H. 1931.18, Cass. req. 21 juin 1937 D.P. 1938.1.28 n. Mimin. Paris, 6 février 1975 D. 1975.318 n. J. Vezian et R.T.D. com. 1975.345 obs. Cabrillac et Rives Lange. Adde sur cette question, J. Vezian, La responsabilité du banquier, Librairies techniques 1974 nº 301 et ss. Gavalda et Stoufflet, Droit de la Banque, op. cité nº 618 bis.

Cependant elle commettrait une faute lourde - paralysant le jeu des clauses limitatives de responsabilité - en ne vérifiant pas les informations qu'elle fournit (1).

109. Lorsque le banquier fournit des conseils proprement dits, et pas seulement des renseignements, sa responsabilité ne peut être que difficilement engagée.

La constitution et la gestion d'un portefeuille mobilier comportent de nombreux aléas (2), et dépendent d'événements sur lesquels le banquier ne peut agir.

Aussi le conseil du banquier laisse en fait la responsabilité de la décision au client. La faute du banquier n'existera pratiquement que s'il est de mauvaise foi ou s'il a fait preuve d'une incompétence notoire (3).

Souvent le banquier recevra de la part de son client le mandat d'acheter ou de vendre des titres. La mauvaise exécution ou l'inexécution de ce mandat pourra alors entraîner la responsabilité du banquier (4).

110. Mais qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas mandat, la responsabilité de la décision incombe au client. Cette caractéristique fait même l'intérêt de l'opération lorsque le client est un initié.

Souvent, cependant, le client, en raison de son incompétence, peut préférer ne pas avoir le choix à faire. Il concluera alors avec la

---

(1) Voir pour les agences de renseignements commerciaux pour lesquelles le problème se pose dans des termes analogues. Lyon 27 octobre 1971 J.C.P. 1972.II.17012 obs. R. Savatier. D. 1972.327 n. R. Tendler.
(2) Lyon 24 juin 1909. G.P. tables quinq. 1907.1912 effets publics nº 9.
(3) Paris 23 juin 1877 sous Cass. req. 14 août 1878. D. 1879.1.57. Aix 30 décembre 1929 D.P. 1932.2.153 n. R. Dic. Poitiers 23 novembre 1932 S. 1933.2.150. Voir aussi H. Cabrillac, La responsabilité civile du banquier dans le placement et l'émission de titres. R.T.D. Civ. 1931 p. 313 et s.
(4) Cass. req. 17 octobre 1934 G.P. 1934.2.741.

banque un contrat de gestion de titres (1).

b) La gestion

111. Le contenu de ces contrats, est fonction de la catégorie de clients auxquels ils sont destinés - spéculateurs ou rentiers - du montant du portefeuille ainsi que de la compétence, du savoir faire de la banque (2).

112. Malgré leur diversité, ces contrats comportent des éléments communs. Dans tous les cas, le client délègue son pouvoir de décision au banquier. En conséquence le problème de savoir quel est le degré de liberté du conseiller ne se pose pas. Si ce dernier subit un préjudice, le problème posé par la détermination du lien de causalité entre la faute et le dommage disparaît. En revanche le problème reste entier de savoir si le banquier a commis une faute dans son choix.

C'est en effet le choix du banquier, qui assure l'originalité de l'opération. Le, ou les mandats, dont il est investi et qui sont nécessaire à l'exécution du contrat ne sont que le prolongement de ce pouvoir de décision. Ce pouvoir de décision est la pierre angulaire des obligations du banquier.

Le banquier est, en quelque sorte, l'architecte du portefeuille de son client. Alors que dans le dépôt de titre les services intellectuels sont subsidiaires, dans ce contrat ils forment l'ossature et assurent la cohésion économique et juridique de l'opération.

C'est pourquoi la qualification de mandat semble contestable. Elle met l'accent sur les moyens de realiser l'opération, non sur l'objet de l'opération : la fourniture de services intellectuels.

---

1) Sur ce contrat voir Ch.Gavalda note sous Cass. com. 12 juillet 1971 D. 1972.153. Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque op. cité nº 582 et ss. Pour un exemple de ces contrats voir R.T.D.Com. 1966.282. Ch.Gavalda note sous Cass. com. 12 juillet 1971 precite.

113. Or cet objet a une incidence directe sur le régime du contrat. Le banquier est tenu d'une obligation de moyens, en raison du caractère aléatoire des opérations à effectuer. Il ne peut garantir en effet l'acquisition de plus values (1). Le seul examen des résultats du compte ne suffit donc pas à prouver sa faute (2). Au contraire l'existence de pertes, mais limitées, témoigneront parfois de la qualité de la gestion.

Un choix malencontreux ne peut plus être considéré comme une faute. Les banques introduisent souvent des clauses limitatives de responsabilité. Ces stipulations inutiles lorsqu'elles ont pour simple objet de ne pas garantir le résultat de la gestion, sont utiles pour le banquier lorsqu'elles ont pour objet de limiter sa responsabilité à ses fautes lourdes (3).

114. La responsabilité du banquier gestionnaire est, en définitive, de même nature que celle du banquier conseiller.

Il lui sera reproché le plus souvent d'avoir effectué un mauvais

---

(1) Ch.Gavalda note sous Cass. com. 12 juillet 1971 précité.
(2) Cass. com. 12 juillet 1971 précité.
(3) Ch.Gavalda note sous Cass. com. 12 juillet 1971 précité. Monsieur Ch. Gavalda fait remarquer qu'il ne faut pas confondre faute lourde et faute professionnelle. Un professionnel peut commettre des fautes lourdes et des fautes légères. Ceci est exact lorsque le professionnel est tenu à une obligation de moyens. L'assimilation de la faute du professionnel à la faute lourde, se produit dans un autre domaine, lorsque le professionnel est tenu d'une obligation de résultat et plus précisément dans le cas de transfert de propriété.
Cette assimilation est le moyen utilisé par la jurisprudence pour empêcher les professionnels de transformer leurs obligations en obligation de moyens. Cela revient à dire en pratique, que dans ces contrats, la garantie d'un résultat est d'ordre public (B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats, op. cité nº 165.) Il serait peut-être plus rigoureux et moins hypocrite de le dire, mais le respect de l'autonomie de la volonté, exige semble-t-il pour les tribunaux, ces détours assez byzantins.

choix et non d'avoir mal effectué un acte juridique (1).

Une autre conséquence est à tirer de la qualification retenue. Le banquier est libre dans sa gestion (2) et le client n'a pas à intervenir dans les modalités d'exécution de l'ouvrage entrepris. Au contraire si le banquier n'était qu'un mandataire, il pourrait être soutenu que le mandant peut toujours indiquer à son client des actes à exécuter.

115. En définitive, il est possible d'affirmer, que les services intellectuels n'interviennent plus seulement comme moyen de parfaire l'exécution des contrats, mais interviennent de plus en plus comme fondement et comme objet des contrats passés avec les professionnels.

Cette tendance des services à envahir les contrats, est liée à la technicité de plus en plus grande des rapports économiques (3).

La volonté de fournir un "service complet" se retrouve dans d'autres activités que les activités bancaires, et est aussi importante pour les services matériels que pour les prestations intellectuelles.

---

(1) Cass. com. 12 juillet 1971 précité.
(2) Idem.
(3) Schlogel, le service complet, objectif des banques françaises Banque 1971 643 et ss.

SECTION II - LES SERVICES MATERIELS

116. Tous les services rentrant dans cette catégorie portent sur des biens corporels mais ils se caractérisent par une très grande diversité. En 1969 (1) il existait 150 000 hôtels, ou assimilés, 35 000 restaurants, 115 000 débits de boissons.

En 1966 (2), 15 000 établissements assuraient la réparation de véhicules. 4 000 d'entre eux louaient des emplacements. 14 000 entreprises occupaient le secteur de la blanchisserie. On trouvait en outre 50 000 coiffeurs, 13 000 cordonniers, près de 5 000 réparateurs de matelas, 3 000 entreprises de nettoyage de locaux, 5 000 autoécoles, 3 000 réparateurs horlogers, 85 entreprises de remaillage, 192 entreprises de chauffage d'immeuble et une centaine d'entreprises ayant pour objet la location de plantes vertes ou le toilettage des chiens (3).

117. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions de constater que bon nombre de ces entreprises sont artisanales. Sur les 150000 hôtels (4) soumis à l'impôt sur les bénéfices, 140 000 bénéficiaient du régime du forfait. Sur les 27 000 entreprises (5) regroupées dans le secteur "commerce de l'automobile", 23 seulement déclarent un chiffre d'affaires de plus de cinquante millions de francs.

Parmi ces vingt trois entreprises, 22 vendent des automobiles neuves. Au contraire parmi les 3 000 ayant le plus bas chiffre d'affaires 360 seulement vendent des automobiles neuves. On peut en conclure que les

---

(1) Statistiques et études financières octobre 1972 nº 286 p. 96.
(2) J. Saindon, Recensement de la distribution de 1966. Les collections de l'I.N.S.E.E. 16 E septembre 1972.
(3) Ces deux activités sont regroupées par l'I.N.S.E.E. pour des motifs qui nous échappent.
(4) Statistiques et études financières nº 286 précité p. 96 et s.
(5) Les collections de l'I.N.S.E.E. 16 E précité.

petites entreprises du secteur sont celles qui ne sont pas liées avec les constructeurs et dont l'activité se limite à l'entretien et la réparation des véhicules.

Ces entreprises sont les prestataires de services traditionnels. Elles ne sont généralement pas intégrées dans des ensembles commerciaux ou financiers et n'ont pas les moyens de moderniser leur matériel et leurs méthodes de gestion, ni les possibilités d'améliorer ou de faire connaître leur image de marque.

118. Les contrats, supports juridiques de leurs activités, sont essentiellement oraux et fugitifs. La prestation de ces services, ne laisse aucune empreinte juridique.

Les tribunaux connaissent cependant parfois de certains litiges: un client refuse de payer ou se blesse, ou est victime d'un vol. Mais ces litiges portent rarement sur l'exécution du service lui-même.

119. A côté de ces artisans existent d'importantes entreprises qui modernisent leurs services. Cette modernisation est liée au développement de l'utilisation de biens complexes techniquement et fragiles qui ne peuvent être entretenus ou réparés que par des spécialistes.

Les constructeurs, pour des raisons techniques et commerciales tiennent à contrôler les conditions dans lesquelles la distribution de ces biens est assurée.

Les prestataires de leur côté ne peuvent se développer qu'avec l'appui des fabricants. Ces phénomènes sont là encore très nets dans le commerce d'automobiles.

Sur les 27 685 entreprises recensées en 1966 (1) 1486 ont déclaré un chiffre d'affaires de plus de cinq millions de francs. 1437 d'entre

---

(1) J. Landon. Recensement de la distribution de 1966, art. precite.

elles vendaient des véhicules neufs (96 %). Elles avaient vendu 76 % des véhicules cette année-là.

92,4 % des entreprises assurant la vente d'automobiles en assurait aussi la réparation. Or la distribution de véhicules neufs ne se fait pratiquement que dans le cadre d'entreprises étroitement liées aux constructeurs.

Ces statistiques montrent clairement le lien étroit existant entre l'importance de ces prestataires de services et leur intégration dans une chaîne de distribution.

120. Cette intégration économique a des conséquences juridiques. Elle a provoqué l'apparition de nouvelles formes contractuelles (1). Les contrats de services, passés avec les clients, ont été modelés par ces contrats de distribution.

121. Le souci de rentabilité, lié au développement technologique et à la production de masse a aussi provoqué la réduction des services artisanaux remplacés dans de nombreuses hypothèses par des machines. La matérialisation des services très standardisés est un phénomène récent qui tend à se généraliser.

122. Les services matériels sont donc une catégorie hétérogène dans laquelle coexistent des services de types différents.

A côté des services traditionnels autonomes, on assiste au développement des services techniques intégrés, et à un phénomène de matérialisation des services.

---

(1) Voir infra nº 414 et ss.

Sous- Section I - Les services traditionnels autonomes

123. Quelle que soit la diversité de leur objet ces activités présentent certaines constantes. Toutes ces prestations sont soumises à la législation économique (1) : taxation des prix, refus de prestation de services.

Très souvent ces prestations nécessitent la remise d'une chose mobilière au professionnel qui bénéficiera en conséquence souvent du droit de rétention (2) sur la chose en cas de non paiement de la prestation. La chose est en effet généralement l'objet même de la prestation (3).

Pour les mêmes raisons, l'entrepreneur bénéficie souvent du privilège du conservateur (4). Toutes ces prestations sont en effet fondées sur la nécessité de protéger et de maintenir le patrimoine des individus, et parfois même sur la nécessité d'assurer la sécurité matérielle des personnes.

124. Certains de ces services ne peuvent se réaliser que par la mise à la disposition du bénéficiaire de biens immobiliers spécifiquement aménagés. D'autres portent directement sur le bien meuble ou immeuble.

La "chose", ce nom générique et neutre est dans tous les cas le dénominateur commun de tous ces services. L'activité exercée peut faire appel à des qualités humaines très diverses et elle peut s'appliquer à des biens très différenciés. Dans tous les cas, l'hôtelier, le garagiste, le réparateur,

---

(1) Voir infra nº 780 et ss.
(2) Voir R. Cassin, L'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques, thèse Paris 1914. F. Derrida, Recherches sur le fondement du droit de rétention, thèse Alger 1940. Nicole Catala Franjou, De la nature juridique du droit de rétention R.T.D. civ. 1967 p. 9 et s. Marty et Raynaud t. 3, 1e volume, Les sûretés nº 16 et s.
(3) Ce droit a été admis pour le garagiste (Cass. com. 23 juin 1964 D.S. 1965.76, pour une couturière Cass. soc. 9 janvier 1958 D. 1958.8.270. Il a été refusé au déménageur (Paris 12 mai 1896 D. 1897.2.263) mais cette solution semble dépassée.
4) Marty et Raynaud, t. 3 1e vol. Les sûretés nº 449 et s.

le manutentionnaire ou le déménageur ne peuvent réaliser leur ouvrage que grâce à l'existence d'une chose qui constitue soit l'objet soit le moyen de la prestation.

§ 1.- La "chose", moyen de la prestation

125. La mise à la disposition de certains biens corporels peut avoir pour objet la protection des personnes et des objets qu'ils détiennent, ou exclusivement la protection de choses ayant une valeur particulière.

Le contrat d'hôtel répond à la première de ces préoccupations. Les contrats de garde répondent à la seconde.

A. Le contrat d'hôtel (1)

126. Ce contrat est difficile à classer, en raison de la variété des prestations fournies. Pour certains auteurs, il est impossible de le réduire à un contrat unique. Il y aurait en réalité assemblage d'éléments disparates (2) : location d'immeuble, dépôt, vente d'aliments, louage de services (3).

---

(1) Voir J.P. Couturier, Le contrat d'hôtellerie, thèse Dijon 1967. M. Bellamy Le contrat d'hôtellerie, thèse Lyon 1960. R. Rodière, Encyclopédie Dalloz v. hôtelier logeur. J.P. Couturier, Jurisclasseur civil, art. 1949.1954 fasc. F nº 27 et s. L. Moret, Le contrat d'hôtellerie, R.T.D. civ. 1973. 660 et s. Sur le nouveau régime de la garde des biens du voyageur institué par la loi du 24 décembre 1973, v. G. Pau et A. Debeaurai, Ann. loyers 1974.23, L. Bihl, La notion de dépôt hôtelier J.C.P. 1974.I.2616 J.P. Dumas, La loi du 24 décembre 1973 relative à la responsabilité des hôteliers, D. 1974 ch. 104. Ce texte ne modifie pas sensiblement le principe de la responsabilité de l'hôtelier. Il affecte surtout le montant des dommages intérêts qui sont de cent ou de cinquante fois le prix de journée, selon le lieu où s'est déroulé la perte ou le vol.

(2) R. Rodière art. précité nº 8 et s.

(3) Note Planiol sous Cass. civ. 18 octobre 1911 D. 1912.1.113. Rodière art. précité.

Cette analyse néglige l'unité économique profonde de l'opération et l'intention des parties. Ce contrat est construit autour de l'hébergement du client et de la garde de ses biens. Mais il ne peut être réduit à une location d'immeuble ou à un dépôt. L'hôtelier fournit en effet des prestations très diverses : logement, nourriture, garde d'objets, service de blanchisserie, éventuellement télex, salles de réunions, etc...

Certaines de ces prestations sont nécessaires (hébergement, garde des objets), d'autres ne sont fournies que par certains hôtels, et peuvent être plus ou moins développées. Mais dès lors que l'hôtel a prévu l'organisation de tels services, ils sont à la libre disposition des clients.

Toutes ces prestations ont une finalité unique : assurer les meilleures conditions d'hébergement du client pour un prix donné (1).

127. La location de la chambre, même envisagée à titre isolé ne peut être assimilée à une location d'immeuble (2). L'hôtel ne fournit pas un immeuble ou une portion d'immeuble ; il fournit l'usage d'un local spécialement aménagé pour le confort du client. Cet aménagement spécifique implique aussi

---

(1) J.P. Couturier, thèse précitée.

(2) Le contrat d'hôtel est de tous les contrats d'hébergement le plus élaboré. Mais ses caractéristiques essentielles se retrouvent dans d'autres contrats Il en est ainsi du contrat de dortoir par lequel une personne loge plusieurs autres personnes dans un même local. La chambre criminelle dev. la Cour de cassation a vu dans cette opération un contrat de service et non une location d'immeuble. Pour arriver à cette qualification elle a utilisé deux arguments. Le contrat a, d'une part, pour objet la fourniture d'un local spécialement aménagé et, d'autre part, la fourniture de services collectifs (Cass. crim. 13 novembre 1970 J.C.P. 1971.II.16802 obs. H. Guerin).

Cette notion d'aménagement spécifique est souvent retenue par la jurisprudence pour distinguer les contrats de services des louages d'immeubles. Voir pour une location d'emplacement publicitaire Cass. civ. 22 janvier 1922 D. 1925.I.213 Cass. req. 26 mars 1924 D.H. 1924. 353, et infra pour les contrats de garage.

la fourniture de biens accessoires (mobilier) ainsi que certains services (chauffage, personnel, etc...).

Ce contrat peut utilement être comparé à un contrat de garde, mais la garde porte d'abord sur des personnes.

L'obligation de sécurité imposée à l'hôtelier découle naturellement de cette analyse. Cette obligation est de résultat lorsqu'elle porte sur des objets (articles 1952 et s. du code civil) (1). Elle est seulement de diligence en ce qui concerne les personnes (2).

Cette distinction se justifie naturellement en raison de la liberté dont jouit le client de l'hôtel. L'hôtelier ne peut garantir la sécurité des personnes, mais il peut faire en sorte que ni ses installations ni ses préposés ne soient la cause d'accidents.

Cette idée de garde apparaît encore plus nettement dans les contrats ayant pour objet exclusif la conservation des choses.

B. Les contrats de garde (3)

128. Quelle que soit leur variété, ces contrats présentent tous des caractères originaux les distinguant du louage d'immeuble, du louage d'ouvrage et du dépôt. Ils ont pour objet la mise à la disposition de locaux destinés à protéger - matériellement et juridiquement - des objets mobiliers.

129. Tous ces contrats sont professionnels et salariés. Ce caractère professionnel donne un particularisme marqué aux obligations du gardien. Il doit

---

(1) V. L. Bihl art. précité n° 10 et ss. J.P. Dumas art. précité p. 104. L. Moret art. précité p. 668 et ss.

(2) Cass. civ. 14 mars 1938 G.P. 1938.1.849 et une jurisprudence très nombreuse. Voir en dernière lieu Besançon 1er octobre 1971 J.C.P. 1973.II. 17458 obs. F. Leymarie. L. Moret art. précité p. 696 et ss.

(3) Voir essentiellement A. Tunc, Les contrats de garde, these Paris 1941.

mettre à la disposition des clients des locaux spécialement aménagés et exercer sur ces locaux une obligation déterminée de surveillance, qui n'est pas un accessoire du contrat, mais le moyen d'exécuter l'objet même du contrat.

La diligence due par le gardien est objective et n'est pas fonction des caractères spécifiques de chaque objet qui lui est remis. Ce caractère professionnel a une autre conséquence. Le gardien est en état d'offre permanente et n'a pas la possibilité de refuser de contracter avec ses clients éventuels (1).

130. Ces contrats apparaissent, chaque fois que des objets de valeur nécessitent pour leur conservation des précautions ou des methodes particulières.

Les contrats de garde meuble, de garde de fourrure, de stockage de céréales sont des exemples souvent cités. Mais les plus importants et ceux qui ont posé le plus de problèmes de qualification sont les contrats de garage et la location de coffre-fort.

a) Le contrat de garage

131. La location d'emplacements n'est qu'une des activités des garagistes. Elle prend cependant une importance croissante dans les grandes villes (2) où se posent des problèmes de stationnement insolubles. Dans certains cas - parcs souterrains - cette opération est l'activité essentielle de prestataires.

---

(1) A. Tunc, Les contrats de garde, op. cité, nº 131 et ss.

(2) Dès 1966 dans la région parisienne 81,9 % des garages (soit plus de 1 500) louaient des emplacements. Dans certaines régions rurales - comme le Limousin - ce pourcentage tombait à moins de 5 %. Voir J. Saindon, Recensement de la distribution 1966, précité.

Monsieur le Professeur Tunc (1) a montré que ce contrat ne pouvait être assimilé à la location d'immeuble. Cette analyse est maintenant admise par la majorité des auteurs (2) et par les tribunaux que ce soit pour apprécier la responsabilité du garagiste (3) ou pour l'application au garagiste de la législation économique (4).

Pour que ce contrat soit qualifié de contrat de garde, il faut cependant que certaines conditions soient réunies. Le local fourni doit être un emplacement aménagé en vue de la garde de véhicule (5) et non un immeuble clos. Il faut d'autre part que le "loueur" assure une véritable surveillance des locaux (6).

132. Ces conditions n'existent que lorsque le loueur est une "entreprise". Cette condition est le fondement de l'obligation de garde du garagiste.

Le lien entre l'entreprise de garage et la nature juridique du contrat mis en évidence par la doctrine (7) a aussi été relevé par un arrêt récent de la Cour de Cassation (8).

Cet arrêt, intervenu dans le cadre de l'application du droit pénal économique faisait appel à une notion très particulière, celle de ga-

---

(1) A. Tunc, Les contrats de garde, précité nº 28 et ss.
(2) Ripert et Roblot II nº 2594.
(3) Cass. civ. 2 novembre 1966 G.P. 1967.1.20, J.C.P. 1967.II.14963, D.S. 1967.319 n. Pelissier R.T.D. Civ. 1967.411 obs. Cornu.
(4) Paris 12 octobre 1966 J.C.P. 1967.II.14936 obs. H. Guérin. R.T.D. Com. 1967.555 nº 12 obs. Hemard et 633 nº / obs Bouzat. Cass. crim. 8 novembre 1967 G.P. 1968.1.19. D.S. 1968.385. J.C.P. 1968.II.15353. R.T.D. Com. 1968.492 nº 2 obs. Bouzat adde infra. nº 789.
(5) Comp. pour le contrat de parking Rouen 22 janvier 1975 R.T.D. Civ. 1975.558, D. 1975 som. 88.
(6) Cass. crim. 8 novembre 1967 précité.
(7) A. Tunc, op. cité nº 33.
(8) Cass. crim. 11 décembre 1968. G.P. 1969.1.195. Bull. crim. nº 822. D. 1969.297 R.T.D.Com. 1969.819 obs. Bouzat

rage public (1). Cet argument ne suffit pas pour en conclure que la solution donnée par la Cour suprême ne peut avoir aucune incidence sur les situations de droit privé.

D'abord il n'est pas indifférent au client que les prix soient bloqués, ou que le garagiste ne puisse refuser de contracter. Mais il faut aller plus loin. Il est vrai que la notion de garage public est une catégorie inconnue du droit privé. Mais ce terme, peu juridique, signifie simplement que le garagiste est un professionnel qui exploite une entreprise de garage.

Or lorsqu'un professionnel fournit des emplacements, il est de l'essence du contrat que ce dernier fournisse aussi les services, tels que le service de surveillance.

La méthode du droit pénal économique rejoint alors la méthode du droit privé, qui conduit à considérer que le professionnel est tenu d'obligations de services spécifiques.

Le particularisme des obligations imposées au professionnel se justifie dans la mesure où ce dernier a les moyens matériels et humains nécessaires pour exercer une véritable garde (2).

Ces mêmes considérations font que le contrat de coffre-fort est essentiellement un contrat de garde.

---

(1) V. pour une analyse très restrictive Bouzat observations à la R.T.D. Com. 1969.819 nº 1 précité.

(2) Cf Civ. 2e 13 octobre 1965 J.C.P. 66.II.14503 n. P. Esmein qui admet que le "gardien" du parking à qui les clés des véhicules sont remises a la "garde" de ces véhicules au sens de l'art. 1384 al. 1.

b) La location de coffres forts (1)

133. De par leur activité, les banques doivent posséder des chambres fortes et des dispositifs de sécurité particulièrement efficaces.

"La location de coffre fort" consiste à faire bénéficier les clients de la banque de cette sécurité. En conséquence la banque met à la disposition du public des casiers situés dans sa chambre forte.

Le client est ainsi assuré d'une très grande sécurité et d'une très grande discrétion. Depuis 1959 le Fisc n'assiste plus obligatoirement à l'ouverture du coffre en cas de décès du titulaire (2). Le client est protégé contre les voleurs, l'Etat et ses créanciers.

Pendant longtemps la nature juridique de ce contrat a été discutée. Le problème pratique le plus litigieux était de savoir si la saisie arrêt était possible (3). Cette solution, justifiée si l'on y voit un contrat de garde, le banquier étant le débiteur du débiteur, n'est plus contestée aujourd'hui (4). Il est maintenant admis que le contrat de coffre fort a essentiellement pour objet d'assurer une prestation de sécurité aux moyens de locaux spécialement aménagés et d'une surveillance régulière (5).

134. La banque peut cependant limiter sa responsabilité à ses fautes lourdes. En outre, le client est obligé de prouver l'existence du préjudice, et donc

---

(1) Sur la location de coffre-fort, voir Solus, Essai d'une justification de la saisie arrêt des objets placés dans les coffres-forts des banques. Revue critique 1936.314 ; A. Tunc, Le contrat de garde, précité ; Travaux de la commission de réforme du code de commerce T.N. 1953 p. 127 rapport Lallement. A. Robert, Le contrat dit de coffre-fort J.C.P. 1959.I.1507; Gavalda, Encycl. Dalloz, Dr. com. V. coffre-fort. Gavalda et Stoufflet Droit de la banque, op. cité nº 589.

(2) Article 59.II de la loi du 28 décembre 1959, abrogeant l'article 788 du C.G.I.

(3) Solus, Essai d'une justification de la saisie arrêt, art. précité.

(4) Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque, op. cité nº 592 et 594.

(5) A. Tunc, Les contrats de garde, précité.

la valeur des biens déposés (1).

La responsabilité des banques n'en est pas moins très lourde. Le banquier est pratiquement tenu d'une obligation de résultat (2), tout dommage survenu au coffre, faisant présumer un défaut de surveillance. La banque, pratiquement ne verra sa responsabilité écartée qu'en cas de force majeure (3).

Ce régime de responsabilité montre bien que pour les tribunaux malgré la terminologie employée, le contrat n'est pas une location.

135. L'obligation de sécurité est l'objet essentiel des contrats de garde. La mise en oeuvre de cette obligation se réalise d'abord par la fourniture de locaux conçus en fonction de cette sécurité à réaliser et ensuite par la surveillance des locaux.

Dans d'autres services, la fourniture d'un objet n'apparaît pas. La prestation consiste uniquement en une activité portant directement sur une chose meuble ou immeuble.

§ 2 - La "chose" objet de la prestation

136. Tous ces contrats ont pour objet l'exécution d'un travail, sur une chose déterminée. Dans la plupart des cas ce travail vise la conservation ou la remise en état de la chose (teinture, peinture, blanchisserie, nettoyage, surveillance, réparation, etc...).

Certains de ces contrats cependant ne portent pas sur la qualité de la chose mais sur sa situation dans l'espace (manutention, déménagement .

---

(1) Aix 6 décembre 1965. Banque 1966.53 obs. X. Marin.
(2) Tunis 26 octobre 1943. S. 1951.2.169 b. Jambu Merlin. Cass. req. 11 décembre 1946 D. 1946.365 n. Tunc. Cass. com. 29 octobre 1952 D. 1953.53 S. 1953.1.96 G.P. 1953.1.5. Cass. civ. 12 décembre 1955 R.T.D.C. 195.6.297 obs. Bacqué et Cabrillac.
(3) Paris 3 mai 1950 G.P. 1950.2.71.

137. Le plus souvent, ces contrats n'ont pas le temps d'avoir une existence juridique. Ils se forment par la remise de la chose : l'écrit y est inexistant. Le paiement a lieu comptant et l'inexécution des obligations des parties est sanctionnée, plus par une réprobation morale ou par une pression sociale, que par l'intervention de sanctions juridiques.

Ces contrats sont, avec la vente de biens de consommation courante, le tissu juridique de la vie quotidienne. Ils appartiennent au droit vécu, non au droit réfléchi. Ils intéressent plus le sociologue que le juriste.

Cependant certains de ces contrats - soit en raison de leur complexité intrinsèque, soit en raison de la valeur de la chose sur laquelle ils portent - acquièrent stabilité et permanence. Ils deviennent alors objet d'étude juridique.

Il en est ainsi des activités liées au transport de marchandises - manutention et déménagement - ainsi que des activités portant sur des biens qui nécessitent une surveillance et un entretien importants.

A. Les opérations de manutention et de déménagement

139. Le transport de marchandises, nécessite de nombreuses activités accessoires. Certaines ont pour objet la conservation des biens avant ou après l'opération de transport. Ces contrats de garde ne seront pas étudiés ici. D'autres prestations ont pour objet le chargement ou le déchargement. Elles peuvent être effectuées directement par le transporteur. Cette solution est fréquente dans les transports routiers et les transports aériens. Mais dans la mesure où elles nécessitent du matériel et du personnel spécialisé elles sont souvent confiées à des entreprises de manutention.

Dans certains cas, le transport apparaît comme un simple accessoire des opérations de manutention et de déménagement. Ces opérations sont généralement l'oeuvre d'entreprises particulières, les entreprises de déménagement.

a) Les opérations de manutention (1)

140. Ces opérations - chargement et déchargement - nécessitent de plus en plus du matériel puissant - appareils de levage, grues, ponts roulants - et spécialisé - tapis mobiles, sea lines, suceuses, etc...

Les entreprises spécialisées dans ces activités fournissent leurs services aussi bien aux entreprises de transports qu'aux clients de ces dernières - entreprises ou particuliers.

Cette dernière hypothèse sera seule retenue, dans ce chapitre. En effet, lorsque le manutentionnaire agit pour le compte du transporteur le client de ce dernier n'a aucun rapport juridique avec l'entreprise de manutention (2).

En matière de transport maritime, la loi impose au transporteur la charge des opérations de manutention (3).

En matière de transport aérien, le transporteur, pour des raisons de sécurité évidente, assume toujours la charge de ces opérations.

En conséquence la charge de la manutention incombe aux chargeurs ou au destinataire seulement en matière de transports terrestres ou fluviaux. L'entreprise de manutention n'agit pour le compte des clients du transporteur que dans ces hypothèses.

---

(1) R. Rodière, Les avaries aux marchandises en cours de chargement ou de déchargement. J.C.P. 1953.I.1086. J. Ghestin, Le déchargement des marchandises transportées, J.C.P. 1962.I.1716.

(2) C'est ainsi que la loi du 18 juin 1966 sur le transport maritime a supprimé la possibilité pour le destinataire d'agir contre le manutentionnaire, que ce soit sur le fondement d'une action contractuelle (R. Rodière, La fin du sectionnement juridique du contrat de transport maritime D.M.F. 1966.584 nº 7 et note 1) ou sur le fondement d'une action délictuelle (R. Rodière note au D. 1969.292).

(3) Article D. 38 du décret du 31 décembre 1966.

141. Lorsqu'une avarie survient pendant le chargement ou le déchargement, le client peut agir contre le manutentionnaire tenu d'une obligation de résultat (1) mais n'a aucun recours contre le transporteur.

Les tiers ayant subi un dommage, ont naturellement un recours contre le manutentionnaire.

Le transporteur qui a subi un dommage a un recours, fondé sur le contrat de transport, contre l'expéditeur ou le destinataire. Ce dernier appellera alors le manutentionnaire en garantie. Le transporteur a aussi un recours direct contre le manutentionnaire fondé sur les articles 1382 et s. (2).

Cependant la situation des parties n'est pas toujours aussi claire. Ainsi par exemple le transporteur a-t-il le devoir de vérifier le bon arrimage des marchandises. Ce devoir varie selon la nature du transport (3). Il est particulièrement lourd dans les transports fluviaux. Quoi qu'il en soit, le transporteur serait responsable d'avoir accepté des marchandises alors que le mauvais arrimage était évident (4).

142. Des problèmes plus délicats se posent lorsque le transporteur collabore à la manutention des marchandises.

Dans les transports ferroviaires notamment, l'entreprise de manutention utilise souvent les engins de levage de la S.N.C.F. Lorsque un dommage est provoqué par un défaut d'entretien ou un vice de ces appareils, le transporteur en est responsable. Mais la preuve de ce défaut doit être rapportée. Il ne fait pas de doute qu'il s'agit là d'une responsabilité contractuelle. La jurisprudence semble admettre que cette responsabilité

---

(1) J. Ghestin, article précité nº 8.
(2) R. Rodière, article précité J.C.P. 1953.I.1085 nº 4.
(3) R. Rodière, droit des transports, t. 2 nº 617, 622, 623 et 624.
(4) Cass. req. 1e juillet 1946 S. 1947.I.80.

découle du contrat de transport, dans la mesure où la prise en charge a déjà eu lieu et la livraison n'a pas été encore effectuée (1), ce qui implique que la prise en charge a lieu avant le chargement et la livraison après le déchargement.

Il serait sans doute plus logique de fonder cette responsabilité sur l'existence d'un contrat de prêt, ou de louage (2). Ce fondement permettrait notamment d'expliquer pourquoi la faute du transporteur doit être prouvée. En effet lorsque le manutentionnaire effectue ces opérations, le transporteur n'est plus le prestataire de service. Ce rôle est joué par le manutentionnaire.

Au contraire, lorsque ces opérations font partie du transport, ces services sont assumés par le transporteur. Ce dernier est alors tenu de livrer les marchandises en bon état.

143. Cependant malgré ses avantages théoriques, cette solution est pratiquement difficile à mettre en oeuvre. Il est en effet arbitraire de scinder l'opération de transport. Les solutions données par la loi du 18 juin 1966, en matière de transport maritime, le prouvent. Le législateur pour éviter nombre de litiges a dû calquer le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention sur celui du transporteur.

L'attraction du contrat de transport est donc intense. Elle se manifeste avec autant de force dans le contrat de déménagement.

b) Le contrat de déménagement (3)

144. Les opérations de déménagement consistent essentiellement en des opérations d'emballage, de désemballage, de manutention et de déplacement par un

---

(1) Cass. com. 26 avril 1955 (3 arrêts) Bull. civ. III nº 137, 138, 139.
(2) R. Rodière, article précité J.C.P. 1953.I.1085 nº 4 et s.
(3) Wahl, Le contrat de déménagement R.T.D. Civ. 1911.508. R. Rodière, La nature juridique du contrat de déménagement J.C.P. 1951.I.917 et droit des transports t. 2 nº 356 et s. Josserand, note au D. 1926.1.65.

quelconque moyen de transport.

Le problème de la qualification est important car il entraîne le jeu ou l'exclusion des règles propres au transport (fin de non recevoir de l'article 105 du code commerce, prescription annale de l'article 108, validité des clauses limitatives de responsabilité).

Dans de nombreux cas le déplacement apparaît prépondérant. L'opération doit alors être analysée en un contrat de transport (1) ou en une commission de transport (2).

L'originalité du contrat n'apparaît en définitive que lorsque les opérations d'emballage et de désemballage sont essentielles par rapport au déplacement (3).

Les prestations sont en pratique toujours fournies par un professionnel au profit d'un profane. Cet aspect a sans doute incité la jurisprudence à en faire un contrat autonome afin de mieux protéger le client.

Il est cependant inutile d'insister plus longuement. Les problèmes posés par ce contrat ne sont pas nouveaux. Surtout cette opération subit très étroitement l'attraction de l'opération de transport et donc du droit des transports.

Au contraire, les prestations d'entretien et de réparation apparaissent comme des services originaux, ne devant rien à une autre convention.

---

(1) Paris 28 octobre 1950 J.C.P. 1951.II.6142. Cass. civ. 13 mars 1946 (motifs) D. 1947.1.

(2) Cass. com. 19 juin 1957 D. 1958.113 note Rodière J.C.P. 1958.II.10381 obs. Hemard.

(3) Cass. com. 25 février 1963 D. 1963.422.
Paris 26 avril 1967 G.P. 1967.2.157 ; Poitiers 19 février 1969 (motifs) R.T.D. Com. 1970.194 nº 19 obs. Hemard. Paris 14 mars 1974 R.T.D. Com. 1974.585 obs. Hemard.

B. Les prestations d'entretien et de réparation

145. Traditionnellement fournis par des artisans, ces services se sont développés en raison de la complexité croissante des biens lancés sur le marché. Ils se sont alors intégrés souvent dans des ensembles contractuels complexes (1), élaborés par les fabricants (2).

Inversement, la standardisation des biens et des techniques a entraîné souvent la disparition de certaines de ces prestations qui se sont trouvées remplacées par des machines (3).

Les prestations de réparation et d'entretien fournies de manière indépendante sont confrontées en permanence à ce double risque : l'intégration économique ou la matérialisation du service. Ils n'en subsistent pas moins. Les services intégrés en effet, très qualifiés sont coûteux. En outre de nombreux distributeurs pratiquant le"discount" n'assurent pas de service après vente afin d'abaisser leurs frais de gestion.

L'aspect traditionnel de ces prestations portait essentiellement sur la réparation. Les services d'entretien tendent cependant à se développer régulièrement.

a) La réparation

146. Le particularisme de ces services se manifeste dans la formation et dans l'exécution du contrat.

1) La formation du contrat

147. La remise de la chose peut être nécessaire à l'exécution du service.

---

(1) B. Teyssié, Les groupes de contrats, L.G.D.J. 1975 nº 78 et ss.
(2) Voir infra nº 174 et ss.
(3) Voir infra nº 191 et ss.

Elle permet parfois de prouver la formation du contrat (1), mais elle n'est pas une condition de cette formation.

Le moment de la formation du contrat est souvent difficile à déterminer. La détermination du contenu de la réparation nécessite souvent un examen préalable du bien. Pendant cette période, le réparateur est tenu d'un devoir de renseignement (2) envers le client, inhérent à l'offre de contracter émanant du professionnel.

Afin de préciser les obligations du professionnel le client demande souvent l'établissement d'un devis estimatif. Ce devis ne l'engage pas (3). Il constitue simplement une modalité de l'obligation générale d'information du professionnel.

148. Il n'en demeure pas moins que souvent la prestation du réparateur ne sera déterminée avec précision qu'après son exécution.

Cette indétermination se répercute sur le prix. Un prix forfaitaire ne peut être établi que pour des services standardisés dans lesquels le travail humain devient secondaire par rapport au travail mécanique et aux pièces remplacées.

Pour ces mêmes raisons, le prix est fréquemment affecté d'une indétermination relative (prix sur devis ou en régie) (4) ou même absolue, lorsque le service ne peut être défini à priori. Le contrat n'en est pas moins valablement formé (5).

---

(1) Flamme, Le Paffe, Le contrat d'entreprise précité nº 58.
(2) B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats, op. cité p. 195 et s. et nº 203 et ss. M. de Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats R.T.D. Civ. 1945 p. 1 et s. Voir aussi Lyon 28 juin 1954 S. 1954 ch. 103.
(3) Flamme, Le Paffe, Le contrat d'entreprise, op. cité nº 59 et s.
(4) Idem.
(5) Idem ; Mazeaud, t. 3 nº 1343.

La difficulté tient alors à ce que le client risque d'être soumis à l'arbitraire du professionnel, dans la mesure où il n'a pas la possibilité de vérifier la réalité du prix demandé même si le prestataire fournit au client les différents éléments de calcul de ce prix (1).

Ces éléments peuvent cependant permettre certaines vérifications et leur comparaison avec d'autres prestations comparables ou avec l'état du bien réparé peut éventuellement permettre une mise en question du prix. En outre, le prestataire doit attirer au préalable l'attention du client sur les éléments qui peuvent contribuer à rendre le coût de la prestation très élevé, et particulièrement s'il doit être supérieur à la valeur marchande du bien (2).

La détermination du contenu précis des différentes obligations n'apparaissant qu'au cours de la réalisation de l'ouvrage, l'exécution du contrat devient une phase essentielle.

2) L'exécution du contrat (3)

149. L'entrepreneur dispose en pratique d'une grande liberté dans l'exécution de sa prestation. Il est pratiquement le maître de la détermination du contenu de son obligation et en conséquence de celle de son client. Il est alors impérieux de veiller à la bonne foi de ce professionnel.

Le réparateur est tenu, d'une obligation générale de prévision (4). Il doit aviser son client des défauts qu'il découvre, et de toutes les

---

(1) Depuis l'arrêté 76-2/ P du 16 janvier 1972, les prestataires de services sont tenus de fournir des factures détaillées aux clients. V. infra nº 824.

(2) Rouen 18 mai 1973 précité.

(3) L'obligation du réparateur domine le contrat et est la seule à poser des problèmes spécifiques. C'est pourquoi il sera négligé l'étude des obligations du client.

(4) B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats, op. cité nº 219 et s.

réparations complémentaires à effectuer (1). En cas de refus du client de faire exécuter des travaux indispensables, il doit refuser de n'effectuer qu'une remise en état superficielle et dangereuse (2).

Dans l'exécution de son travail l'entrepreneur est tenu d'une obligation de résultat (3). Il s'engage à fournir une prestation déterminée (4) : supprimer le trouble de fonctionnement du bien.

L'obligation de prévision, n'est en définitive que la conséquence normale de cette obligation. Elle ne se comprendrait pas si le réparateur n'était tenu que d'une obligation de moyens.

Cependant, lorsque le réparateur fait des réserves et que le client s'oppose à l'exécution d'une réparation complète, l'entrepreneur n'est plus tenu que d'une obligation de moyens (5).

150. Ces prestations peuvent être fournies à titre isolé - cas par cas - ou faire l'objet de contrats d'abonnements (6).

Dans ce cas, l'abonnement a le plus souvent un objet plus vaste que la seule réparation. Il vise aussi à assurer l'entretien du bien.

---

(1) Lyon 28 juin 1954 précité. Rouen 18 mai 1973 D. 1973.752, J.C.P. 1976.II. 17867 n. B. Gross, R.T.D. Civ. 1974.164 obs. Cornu, R.T.D. Com. 1974 obs. Hemard. Cass. civ. 3e 13 juin 1973. J.C.P. (CI) 1973.I.3090, Cass. civ. 3e 17 juin 1975 Bull. civ. III nº 203 ; cass. civ. 3e 17 juillet 1973 J.C.P. (CI) 1973.I.3160 ; Cass. Com 12 novembre 1974 D. 1975 som. 26.

(2) Flamme, Le Paffe, op. cité nº 91 bis. Aix 11 février 1975 D. 1976 som. 4.

(3) J. Frossard, La distinction des obligations de moyens et de résultat, L.G.D.J. 1965, nº 292.

(4) Idem nº 363 et 364. Mazeaud, t. III nº 1347. Cass. req. 9 juillet 1934 D.H. 1934.505.

(5) Cass. civ. 3e 25 novembre 1975 D. 1976 I.R. 48.

(6) Sur le contrat par abonnement v. infra nº 637 et ss.

I - Le contrat d'entretien

151. Les services d'entretien ne posent des problèmes juridiques que lorsqu'ils sont fournis dans le cadre d'un contrat d'abonnement.

Dans ces contrats le prestataire s'engage à assurer l'entretien - dans ses ateliers ou à domicile - des appareils du client, pendant une durée déterminée - un an généralement.

Les problèmes posés par ces contrats tiennent essentiellement à la détermination des obligations du prestataire. Mais les modes de fixation et de paiement du prix témoignent aussi d'une certaine originalité.

1) Les obligations du prestataire

152. Ces contrats sont plus ou moins complets. Au minimum le prestataire s'engage à effectuer plusieurs visites par an et à assurer les opérations d'entretien courant : nettoyage, graissage, réglages. Toute visite supplémentaire ou toute réparation est facturée en sus et à part.

Le prestataire est donc tenu à certaines obligations déterminées. Il y aurait inexécution fautive du contrat à ne pas effectuer ces visites. Mais ces prestations portent sur des biens en bon état de marche et n'ont pas pour objet de déceler ou de réparer une panne ou un vice de l'objet. En conséquence le prestataire n'est pas tenu de garantir le bon fonctionnement de l'appareil. Il y a en cas de mauvais fonctionnement le client doit prouver qu'il provient d'un défaut d'entretien.

---

(1) Ces services ne sont pas fournis exclusivement aux particuliers. Mais quel qu'en soit le bénéficiaire - particulier ou entreprise - les problèmes posés par ces contrats sont identiques.

(2) Paris 27 mai 1961 G.P. 1961.2.248.

153. Dans tous les cas cependant le prestataire doit fournir un certain nombre de prestations, nécessaires au bon fonctionnement du bien.

D'une part le professionnel est tenu d'examiner le bien avec soins, lors de la formation du contrat afin de s'assurer de son état et de prévoir les opérations nécessaires à un entretien suffisant.

D'autre part pendant l'exécution du contrat, le prestataire doit aviser le client de toute défectuosité, qu'il a constatée et l'informer des mesures de sécurité à prendre en l'attente d'une réparation (1). Même s'il n'a pas constaté de défectuosité précise il doit l'informer des risques qu'il y a à laisser fonctionner un appareil vétuste ou non conforme aux règles de sécurité (2).

154. Dans de nombreux cas les contrats sont plus complets. Outre l'entretien courant, ils prévoient les réparations et le remplacement des pièces, nécessités par l'usage normal du bien. En revanche, les contrats écartent expressément les réparations provoquées par un usage anormal, c'est-à-dire par une utilisation non conforme à la destination et aux recommandations du mode d'emploi. La preuve de ce caractère anormal, peut cependant être difficile à rapporter. Elle résultera souvent d'une comparaison avec l'état de biens de même nature ayant fait l'objet d'un usage "normal". De toutes manières ces clauses ont une portée limitée. Elles permettent au prestataire de facturer les réparations en sus, mais elles ne le dispensent pas de signaler au client les risques provenant d'un tel usage.

L'étendue des prestations fournies et leur prévisibilité commandent directement le régime du prix de ces services.

---

(1) Cass. civ. 21 décembre 1960 J.C.P. 1961.IV.16. Rouen 5 octobre 1965 D. 1965 som. 22. Cf note Rodière sous Cass. civ. 4 octobre 1955 J.C.P. 1955.II.8933.

(2) Paris 23 décembre 1953 S. 1954.2.75. Cass. civ. 14 mai 1956 J.C.P. 1956.II.9421.

2) Le prix

155. Le prix est presque toujours payable d'avance et les clauses de révision des prix sont généralement prévues. Mais les modes d'évaluation sont très variables.

Dans les contrats d'entretien simple, le prix est généralement forfaitaire et couvre les différentes inspections prévues. Il est certain que le prix reste acquis au prestataire même s'il n'a eu aucune prestation matérielle à effectuer. L'objet de la convention est d'assurer le bon fonctionnement de l'appareil non de fournir des prestations particulières.

Dans les contrats d'entretien complets, le prix est aussi souvent forfaitaire, mais ses éléments sont plus complexes. Il comprend d'abord un certain nombre d'inspections obligatoires, en toute hypothèse, ainsi que la possibilité pour le client de demander des inspections supplémentaires (généralement deux ou trois). Les frais de réparation, dans certaines limites, sont inclus aussi dans le prix.

Dans certains cas, le coût des pièces courantes est aussi inclus dans le prix ; mais le plus souvent ces pièces sont facturées en sus.

Il est enfin possible qu'aucun forfait ne soit prévu et que le prix soit calculé à posteriori à partir du temps réellement consacré à l'entretien du bien (1).

Le développement de ces services de maintenance est étroitement lié à l'augmentation de la consommation de biens techniques. Ces prestations apparaissent de plus en plus comme un complément indispensable de l'operation de distribution elle-même.

---

(1) Sur les difficultés qui peuvent en découler, v. Supra nº 148.

Sous-Section II : Les services nouveaux intégrés

156. La consommation des ménages représente près des deux tiers de l'utilisation des biens et services (1).

Or la croissance très rapide (2) de cette consommation porte essentiellement sur les biens techniques durables ou semi durables. Ce phénomène tient en partie à ce que ces biens demandent des dépenses d'utilisation élevées (3).

En effet leur maniement est souvent délicat en raison de leur technicité. Pour les mêmes raisons leur entretien et leur réparation nécessitent des personnels spécialisés.

Les utilisateurs du bien sont incapables d'en assurer personnellement la maintenance. Or ces services sont d'autant plus nécessaires que les biens techniques sont fréquemment cause de dommages aux biens ou aux personnes (3).

La distribution de biens techniques est donc une opération complexe et continue, qui ne se limite plus à une simple remise matérielle d'une chose à son utilisateur.

Les opérations régulières d'entretien, de révision et de réparation en sont le complément indispensable. Quel que soit le mode juridique de distribution utilisé, ces facteurs doivent être pris en considération.

---

(1) G. Vangrevelinghe, Modes et projections de la consommation. Economie et statistique nº 6 novembre 1969.

(2) De 1950 à 1970 cette consommation a été multipliée par 2,3 (INSEE. Données sociales 1e édition 1973).

(3) J.P. Overstake, La responsabilité du fabricant de produits dangereux, R.T.D. Civ. 1972.485 et s. nº 1 et s.

167. L'acquisition de la propriété permet la maîtrise la plus complète et la plus parfaite sur la chose.

Le contrat de vente est la catégorie juridique la plus utilisée pour transférer cette maîtrise. Mais dans la mesure où l'utilisateur, pour jouir du bien, doit se confier à des tiers seuls aptes à le maîtriser techniquement la vente ne répond pas toujours complètement aux besoins de l'utilisateur.

Les biens techniques, par leur nature, sont coûteux et la vente de ces biens peut grever lourdement le budget de l'acheteur. Le crédit permet parfois dans une certaine mesure de pallier à cet inconvénient, mais il ne résoud pas tous les problèmes. Ces biens peuvent en effet être assez vite dépassés techniquement. Or, les risques d' obsolescence sont à la charge de l'acheteur. L'utilisateur préfère souvent, en conséquence, avoir l'usage du bien en se déchargeant de tous les risques et de toutes les charges techniques sur un professionnel.

Le spécialiste, fabricant ou distributeur, gardera la propriété du bien et ne fournira que l'usage. La technique juridique la plus appropriée et la plus souple est alors la location du bien. Cette technique est cependant d'un coût de revient assez élevé.

Or, les inconvénients résultant du transfert de propriété apparaissent surtout pour les biens utilisés par les entreprises. Ces biens de grande consommation ne font pas appel à des technologies de pointe. L'innovation n'y apparaît qu'avec une certaine lenteur. Les charges d'utilisation sont relativement légères. Enfin l'acquisition "en propriété" peut avoir un effet sécurisant. Dans le comportement des particuliers, ces motifs psychologiques ne sont pas indifférents. C'est pourquoi la pratique de la location de biens techniques se développe encore assez lentement, dans la distribution aux particuliers, même si l'avenement de la société de consommation - société de l'éphémère - renforce cette tendance (1). Au contraire elle est devenue

(1) E.A. Lisle, Société d'appropriation ou société de location, Le Monde 27 janvier 1971 p. 22.

pour certains biens très complexes utilisés par les entreprises la forme juridique de distribution privilégiée (1).

En conséquence la location de biens techniques sera étudiée dans le chapitre suivant. Il ne sera question ici que des services liés à la vente des biens techniques.

159. La technicité de ces biens a provoqué la naissance de services nouveaux, destinés a améliorer les conditions de leur utilisation. L'incompétence de l'acheteur nécessite de plus en plus que son consentement soit véritablement éclairé. Il ne peut par lui-même apprécier les caractéristiques techniques des biens qui lui sont proposés. Ces biens composés d'éléments variés, fragiles et de fiabilité variable, doivent aussi être régulièrement entretenus.

Ces opérations nécessaires, sont à la charge de l'utilisateur, mais il doit s'en remettre à des spécialistes, c'est-à-dire le plus souvent au fabricant ou au vendeur. Ces opérations n'en restent pas moins juridiquement indépendantes de la vente.

Mais l'acheteur a prévu lors de son achat une durée normale d'utilisation, en se référant aux normes du constructeur. Il est alors anormal qu'il supporte des charges de fonctionnement imprévues. Le vendeur doit donc normalement garantir la possibilité d'utilisation du bien pendant une certaine durée. Le service après vente qu'il assure est alors une conséquence nécessaire - techniquement et juridiquement - de la vente elle-même.

Ainsi existe-t-il des services liés juridiquement au contrat de vente et d'autres qui ne sont liés à ce contrat que pour des raisons techniques.

---

(1) Les ordinateurs sont généralement loués. Cf Le Monde 18 septembre 1973 p. 25 Usine nouvelle mars 1971.

§ 1 - L'intégration juridique des services

160. Ce développement des services a pour conséquence de modifier la structure du contrat de vente.

Le transfert de propriété n'est plus le seul objet principal du contrat. La maintenance du bien devient une obligation essentielle du vendeur. Ces services de maintenance ne sont pas les seuls. La distribution de biens techniques a aussi eu pour conséquence le développement des services pré-vente.

A. Le service pré-vente (1)

161. Ces services consistent essentiellement à conseiller le client dans le choix et dans l'emploi du bien (2).

a) Le conseil dans le choix du bien

162. Ce service se rattache à l'offre générale de contracter émanant du professionnel, et il est fourni avant la formation du contrat. Son existence tient à la technicité du bien et à l'impossibilité dans laquelle est l'acheteur profane d'en connaître les caractéristiques par un seul examen superficiel. Il comporte toujours l'obligation d'une information objective sur les

---

(1) Ces services seront traités ici de manière succinte. Ils ne sont pas à proprement parler des services matériels, mais il est impossible de les détacher totalement de la chose sur laquelle ils portent.

(2) Il ne faut pas confondre ces obligations, avec l'obligation d'information sur les vices cachés. Cette dernière rentre dans le cadre de l'obligation de sécurité dégagée par les tribunaux (Amiens 24 décembre 1967 D.1968. 399 n. E. Lepointe, R.T.D. Com. 1968.1112 obs. Hemard), qui n'est qu'une modalité de la garantie, telle qu'elle est conçue par la jurisprudence (v. B. Gross, l'obligation de garantie dans le droit des contrats, précité nº 103).

aspects techniques du produit et sur ses conditions d'usage (1). Son inexécution sera sanctionnée le plus souvent par la nullité du contrat pour dol ou erreur sur la substance (2).

Ce service est un élément important de la politique de vente de certains distributeurs, qui s'engagent parfois à fournir un véritable service de conseil. Ils sont un élément publicitaire souvent utilisé. L'offre de ces services dans les annonces de publicité n'en change pas la nature mais en renforce l'intensité. L'obligation de conseiller le bien répondant le mieux aux besoins du client, est souvent un engagement qui en découle. Ces prestations sont cependant peu développées dans la vente de biens de consommation, en raison de la technologie relativement simple de tels biens et de leur degré de standardisation. Il en est de même des services de conseil dans l'utilisation du bien.

b) Le conseil dans l'utilisation du bien

163. Cette prestation constitue un service contractuel dont l'exécution se déroule avant la livraison du bien et sa mise en usage.

Son fondement juridique est cependant contesté. Certains le rattachent à la garantie des vices (3), d'autres à l'obligation de délivrance

---

(1) Pour les biens très complexes, cette obligation peut être plus etendue. En pratique ce phénomène ne se produit que dans le cadre des services aux entreprises. Cette question sera donc envisagée plus loin. V. infra nº 309

(2) P.J. Jobin, Les contrats de distribution de biens techniques, thèse multigraphiée Montpellier 1972 nº 176 et s. J. Ghestin, la réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles D. 1971 ch. 347. M. de Juglart, l'obligation de renseignements dans les contrats R.T.D. Civ. 1945.1 et s.

(3) H. Mazeaud, la responsabilité civile du vendeur fabricant R.T.D. Civ. 1955.617.

, ou plus exactement encore au principe de bonne foi [illegible].

Cette querelle reste essentiellement théorique. Le choix du fondement n'a pas d'incidence sur le régime de l'obligation. Dans ces conditions il semble utile et conforme à la réalité de retenir l'explication maintenant une certaine unité dans les différentes obligations nées du contrat. Toutes ces prestations accessoires au transfert de propriété ont pour objet essentiel de permettre à l'acheteur de jouir pleinement du bien. Les obligations d'information, de délivrance, de sécurité se rattachent en définitive à un devoir unique : la garantie du bon fonctionnement (3).

164. Ce service de conseil a cependant un domaine encore limité. En pratique il se réalise par la remise du mode d'emploi, document imprimé par les soins du constructeur et livré avec le bien (4).

Ce document précise les caractéristiques techniques du bien, les modalités de son usage, et les principales règles d'entretien à respecter. Il est certainement un accessoire nécessaire de la chose qui doit être remis obligatoirement avec elle (5). Dans cette hypothèse la remise d'un bien permet l'exécution d'un service, qui apparaît alors comme étant une modalité de l'exécution de l'obligation de délivrance.

Dans de nombreux cas l'exécution du service se limite à cette remise. Le vendeur n'en est pas pour autant dégagé de tout devoir personnel

---

1) Planiol et Ripert, t. 10, nº 87 ; Mazeaud t. 2, vol. 3 nº 950. Ripert et Boulanger t. 3 nº 1398.
2) Mazeaud et Tunc t. 1 nº 704.5 et 704.10. C.C. Fourgoux note sous T. com. Paris 19 avril 1971 D. 1971.482.
3) B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats, précité nº 109. Voir à propos d'une boîte dangereuse Cass. civ. 1e 21 janvier 1973, Bull. civ. I, nº 37. R.T.D. Com. 1974.146 obs. Hémard et pour un produit agricole dangereux [illegible] J.C.P. 1974.II.17846 n. Ph. Malinvaud.
4) V. cass. civ. 1e [illegible] janvier 1973, précité.
5) Article 1615 du Code civil.

d'information (1). Il doit s'assurer que ce mode d'emploi est suffisamment explicite et que l'acheteur l'a bien compris (2).

Il est en effet indispensable que ce service soit correctement fourni. Le vendeur ne peut, par une clause du contrat, s'en décharger. En effet la garantie contractuelle n'est accordée que si l'usage fait de la chose a été normal, c'est-à-dire s'il a été conforme aux conditions imposées par le constructeur. L'utilisateur doit donc être mis parfaitement au courant de ces conditions (3).

165. Malgré son importance ce devoir de conseil reste limité. En particulier il n'impose au prestataire aucune organisation spécifique, aucune spécialisation. Ces caractères tiennent à la standardisation des biens techniques de grande consommation. Le service pré vente peut être lui-même standardisé, les conseils nécessaires étant déterminés à priori. L'édition de notions techniques, relativement simples, suffit à assurer ce service. Le vendeur, intermédiaire entre le constructeur et l'acheteur ne joue qu'un rôle limité.

Il en va autrement du service après vente dont le développement est une caractéristique essentielle de la distribution de biens techniques.

---

(1) J. Revel, La responsabilité civile du fabricant, thèse Paris II 1974 p. 208 et ss.

(2) Cependant la charge financière de cette obligation pese essentiellement sur le fabricant, qui devra seul supporter les conséquences dommageables de l'absence d'information si cette dernière a été la cause d'un dommage. V. Cass. civ. 1e 31 janvier 1973 précité.

(3) Il faut noter qu'assez fréquemment, dans les magasins pratiquant des ventes massives, ce service n'est pas correctement assuré. Les vendeurs ne donnent que des explications incomplètes ou insuffisantes et le mode d'emploi est lui-même soit incomplet soit rédigé en langue étrangère. A cet égard il semble plus rigoureux de situer ce problème sur le terrain de l'information juridique du client plutôt que sur celui de la défense de la langue française. Cf article 1 de la loi 75.1349 du 31 décembre 1975, J.O. du 4 janvier 1976. D. 1976.274.

B) Le service après vente

166. Le service après vente a un double objet : assurer l'entretien du bien et en assurer la remise en état. Ce dernier aspect seul apparaît dans certaines limites - comme une conséquence nécessaire du contrat de vente. Le service après vente n'est intégré juridiquement dans cette opération que dans la mesure où il rentre dans le cadre de la garantie due par le vendeur. Seul ce point sera étudié ici.

L'évolution des conditions de distribution a profondément modifié l'objet et les modalités de la garantie (1). Le bénéficiaire s'il voit la garantie limitée à certaines prestations, peut recourir souvent contre plusieurs débiteurs.

a) L'objet de la garantie

167. Au début du dix neuvième siècle, les biens étaient des produits simples et peu fragiles. Les vices susceptibles de les affecter modifiaient généralement la substance du bien (2) et en conséquence étaient facilement décelables. Les dommages qui pouvaient en résulter se limitaient à l'impossibilité de jouir de la chose. Ils ne portaient atteinte qu'exceptionnellement à l'intégrité physique des personnes (3).

---

(1) Sur cette question v. essentiellement, la responsabilité des fabricants et distributeurs, colloque Paris I 1975, ed. Economica 1976 et particulièrement le rapport de M. J. Ghestin, l'application des règles spécifiques de la vente à la responsabilité des fabricants et distributeurs de produits en droit français p. 10 et ss. J. Revel, la responsabilité des fabricants, thèse Paris II 1975.

(2) Il est significatif que notre droit distingue mal l'erreur sur la substance et la garantie des vices cachés. Cf D. Tallon, erreur sur la substance et garantie des vices cachés in Dix ans de conférence d'agrégation. Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel p. 435 et s.

(3) P. Malinvaud, la responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose J.C.P. 1968.I.2153 nº 7.

Dans ces conditions il ne semblait pas nécessaire de faire de la garantie une institution autonome du droit des obligations (1). Ce droit était fondé, dans le code civil, sur deux principes complémentaires : l'autonomie de la volonté et la responsabilité.

La formation et l'exécution normale du contrat sont du domaine de la liberté contractuelle, mais cette liberté a pour nécessaire contrepartie la responsabilité fondée sur la faute et qui sanctionne l'inexécution de ces obligations (2).

Dans toutes les analyses classiques (3) le concept de garantie est dans la dépendance étroite des théories de la responsabilité. Une conception traditionnelle mais toujours très forte voit dans la garantie la sanction d'une faute. Le vice de la chose peut être analysé comme la conséquence d'un manque de soins dans la fabrication ou l'entretien du bien vendu.

Pour des objets simples, tel qu'ils existaient au début du dix neuvième siècle, et tel qu'il en existe encore, cette explication permet d'appréhender correctement la réalité.

168. Mais cette analyse est apparue très vite comme insuffisante. La garantie a été présentée plus généralement comme la sanction de l'équilibre contractuel rompu. Les contrats synallagmatiques réalisent un accord entre deux désirs contradictoires. Les parties sont libres de fixer ce point d'équilibre (4). Mais cet équilibre une fois réalisé elles ne peuvent le modifier unilatéralement. C'est pourquoi l'exécution du contrat doit correspondre au contenu de

---

(1) B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats, précité nº 95 et s.

(2) A.J. Arnaud, Essai d'analyse structurale du code civil français ; L.G.D.J. 1973 p. 145.

(3) Sur les conceptions classiques de la garantie voir B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats, précité nº 61 et s.

(4) En vertu de ce principe la lésion n'est pas normalement une cause de nullité des contrats.

l'engagement (1).

La doctrine récente ne lie plus nécessairement garantie et faute, dans la mesure où la théorie générale de la responsabilité doit elle-même être detachée de la notion de faute. La garantie reste donc en définitive une application particulière de la théorie générale de la responsabilité (2), et la faute reste encore le fondement le plus utilisé pour en expliquer le mécanisme même s'il n'est plus exclusif.

Le rôle que joue la faute dans le droit de la garantie est formellement très important dans le système élaboré par la jurisprudence, même si la finalité de cette construction est justement d'écarter toute recherche de responsabilité. Pour étendre la garantie accordée aux acheteurs les tribunaux ont dû recourir à cette notion et imposer aux vendeurs professionnels une présomption de mauvaise foi (3).

Le recours à la faute était nécessaire pour garantir efficacement l'acheteur en paralysant le jeu des clauses limitatives de responsabilité qui lui sont imposées (4). Ce système dont l'utilité n'est pas contestée, ne tient compte qu'imparfaitement des réalités techniques et économiques de la distribution des biens techniques.

169. Ces biens sont complexes et sont composés d'éléments divers et peu homogènes. Leurs différentes pièces sont fabriquées par des tiers - sous traitants

---

(1) En conséquence le vice apparent n'est pas une cause de résolution du contrat. L'acheteur est censé avoir accepté la chose viciée.

(2) B. Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée Thèse Paris 1947 p. 334 et s.

(3) P. Malinvaud, La responsabilité civile du vendeur, art. précité nº 23 à 31.

(4) C.F. Overstake, La responsabilité du fabricant de produits dangereux R.T.D. Civ. 1972, 485 et s. nº 30 et s.

et n'ont pas toutes la même fiabilité.

Ces produits complexes et fragiles nécessitent des précautions dans leur utilisation et une surveillance attentive. Les constructeurs à cet effet prévoient des plans d'entretien et le remplacement périodique de certaines pièces. Ces charges sont prises en considération par l'acheteur et doivent être intégrées dans le calcul du coût de revient de l'objet.

La fragilité de ces biens a une autre conséquence. Il est normal que des défaillances imprévues surgissent et empêchent l'utilisation du produit. Les conditions de leur production sont telles - travail à la chaîne, sous traitance - que la perfection ne peut être atteinte. Il est même possible de calculer statistiquement les risques de défaillance des différentes pièces. Cette prévisibilité n'existe plus pour chaque bien déterminé. Elle n'est qu'une prévisibilité statistique. Ces risques, en outre, sont internes à la production. Ils sont pris par les fabricants pour améliorer la rentabilité de l'entreprise. Ils ne doivent pas être reportés sur l'acheteur. Ce dernier a le droit d'attendre du bien acheté qu'il fonctionne correctement pendant une durée normale (1). Il apparaît donc que le constructeur doit supporter la charge des défaillances imprévues survenant pendant cette durée mais que la notion de faute perd toute signification, tant les responsabilités éventuelles sont diluées.

---

(1) Cette notion pose de délicats problèmes. Il est certain que les prévisions du constructeur sont essentielles pour déterminer la durée normale de fonctionnement. Mais ces prévisions ne suffisent pas. Il faut qu'elles correspondent à la durée réelle moyenne de vie des produits de cette marque ou de marques concurrentes mais présentant des caractéristiques identiques. Ainsi un constructeur automobile pourrait très bien affirmer que ces biens sont conçus pour fonctionner pendant dix mille kilomètres. Cette affirmation est manifestement contraire à la réalité. La plupart des véhicules fonctionnent correctement pendant beaucoup plus longtemps. L'affirmation du constructeur, dans ce cas, ne devrait pas permettre de déterminer cette notion de "durée normale".

La cause du défaut est souvent indécelable. Il est en définitive impossible - dans de nombreux cas - de fonder l'obligation de réparer sur la faute. Il n'est même pas toujours possible de savoir si l'origine du vice est antérieure ou postérieure à la vente. Le seul point certain, est qu'un objet qui devait avoir un usage déterminé, ne fournit plus cet usage.

170. La garantie a alors pour rôle de remédier à cet état de fait.

Ce rôle donne à la garantie une physionomie nouvelle (1). Elle n'a plus pour objet de sanctionner l'inexécution du contrat, mais au contraire elle permet la bonne exécution de ce contrat.

La vente des biens techniques n'est plus un acte instantané, dont le seul objet est le transfert de propriété. La vente devient une opération complexe, comportant de nombreuses prestations qui s'échelonnent pendant toute la durée d'utilisation du bien.

Ces prestations nécessitent des spécialistes, des pièces de rechange, des machines adéquates. Elles supposent une véritable organisation. La garantie apparaît alors comme la technique juridique permettant d'intégrer ces prestations dans le contrat de vente, de réaliser réellement l'objet de la vente. La garantie est bien un mode normal d'exécution du contrat et non la sanction de son inexécution.

---

(1) En l'état actuel du droit positif cette garantie ne peut être que conventionnelle. Le vendeur n'est pas tenu de par la loi de fournir un service après vente. Il est permis de se demander cependant si l'offre de service après vente n'est pas imposée par les usages dès lors que le vendeur est un professionnel spécialiste (en ce sens J. Derruppé, Les opérations de l'entreprise nº 212 collection Droit et gestion. Librairies techniques 1972. Cass. civ. 1e 21 juillet 1976 J.C.P. (CI) 1976.II.5588).

171. Ces caractères apparaissent nettement à la lecture des clauses de garantie conventionnelle.

Les vendeurs et fabricants de biens techniques assurent gratuitement la réparation et l'échange des pièces, pendant une période déterminée, quelle que soit la gravité ou l'origine du vice. Ils assurent en outre gratuitement les opérations nécessaires au réglage du bien au début de son fonctionnement. Par contre les révisions et réglages périodiques ainsi que l'échange des pièces rapidement consomptibles sont exclus de la garantie.

Ces solutions sont conformes aux caractéristiques des biens techniques. Mais ces clauses limitent très étroitement la durée et le montant de la garantie.

D'une part la garantie conventionnelle ne joue que pour une période limitée (1) (six mois à un an le plus souvent) très inférieure à la durée normale d'utilisation des produits (2).

D'autre part cette garantie se limite à la remise en état du bien et exclut toujours les dommages causés à des personnes ou à d'autres biens.

172. Ces limites sont inadmissibles. La garantie devrait - de lege ferenda - assurer de plein droit, les services de réparation, pendant toute la durée

---

(1) L'action rédhibitoire de droit commun est bien soumise à un bref délai. Mais ce délai part de la découverte du vice et non du jour du contrat ou de la livraison. Il n'a donc pas pour effet de limiter trop étroitement la durée de la garantie. Cf B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats op. cité nº 293. P. Malinvaud, note au J.C.P. 1973.II. 17340 sous civ. 1e 5 janvier 1972. Cf. J. Bigot, La responsabilité civile "produits livrés" J.C.P. (CI) 1972.II.10749 nº 11.

(2) Certaines entreprises n'hésitent pas à proposer une garantie conventionnelle complémentaire consécutive à la garantie gratuite d'une durée de quelques années moyennant le paiement d'une redevance annuelle. Une obligation légale fait ainsi l'objet d'une rémunération supplémentaire et parfaitement abusive.

normale de fonctionnement du bien et devrait couvrir tous les dommages provoqués par le bien (1). C'est pourquoi la jurisprudence a cherché à limiter la portée de ces clauses.

Leur validité de principe n'est pas mise en doute, mais elles ne peuvent jouer que lorsque le vendeur est de bonne foi. Or les tribunaux considèrent que le fabricant, ou le vendeur professionnel sont censés connaître les vices de la chose vendue, et cette présomption de fait ne souffre pas la preuve contraire (2). Cette jurisprudence aboutit à faire de la garantie légale une garantie d'ordre public, et de cette présomption une règle de fond (3).

172. Mais ce système, trop abstrait, comporte des lacunes importantes.

D'une part l'acheteur doit prouver l'antériorité du vice et sa gravité. Ce dernier point pose peu de problèmes. Un très léger défaut peut provoquer de très graves dommages (4). Le premier point est plus gênant. Il est souvent difficile de prouver que la cause du non fonctionnement est antérieure à la vente, au moins lorsque le dommage survient après une période d'utilisation assez longue (5).

---

(1) J.P. Overstake, La responsabilité du fabricant, art. précité R.T.D. Civ. p. 485 et s, nº 82 et s.

(2) P. Malinvaud, La responsabilité civile du vendeur fabricant, art. précité nº 23 à 31. J. Levy, La garantie des vices cachés dans la vente de véhicules R.T.D. Civ. 1970 p. 1 et s. Voir p. 21 et s. J.P. Overstake, La responsabilité du fabricant, art. précité nº 36 et s. et particulièrement nº 44. J. Bigot, La responsabilité civile "produits livrés" J.C.P. (CI)1972.II.10749 nº 10 Cass. com. 20 janvier 1970 et Cass. civ. 1e 28 avril 1971 J.C.P. 1972.II.17280 n. M. Boitard et A. Rabut.
B. Mercadal, La limitation de la garantie des vices cachés dans la vente de produits fabriqués J.C.P. (CI) 1976.II.12157.

(3) B. Starck, Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité et limitatives de responsabilité D. 74 ch. 157 et s. nº 69 et s. Th. Ivainer, De l'ordre technique à l'O.P. technologique J.C.P. 72.I. 2495.
J. Ghestin, L'application des règles spécifiques de la vente à la responsabilité des fabricants et distributeurs en droit français in La responsabilité des fabricants et distributeurs op. cité p. 3 et ss. nº 65 et s.

(4) J. Levy, La garantie des vices cachés, art. précité p. 9.

(5) P.G. Jeoin, Les contrats de distribution de biens techniques, op. cité nº 244.

D'autre part les clauses de garantie qui excluent formellement tout autre forme de garantie, sont en fait respectées par les acheteurs, même si en droit ils peuvent demander qu'elles soient écartées.

L'acheteur - souvent ignorant ies subtilités du droit positif - admettra à priori la validité de ces clauses. Le recours aux tribunaux est en conséquence peu fféquent, sauf dans des cas de dommages très importants causés à des biens ou surtout à des personnes. Ces conventions forment une sorte de contre droit, illicite souvent mais appliqué avec résignation.

Même lorsque la garantie légale est mise en oeuvre la garantie conventionnelle continue à jouer un rôle. En effet en pratique deux phases successives apparaissent dans l'exécution de la garantie.

Dans un premier temps, la garantie conventionnelle joue normalement. Elle n'est alors qu'une modalité d'exécution du service après vente du constructeur ou du distributeur. Elle est la partie du service après vente intégré dans le contrat de vente. Les autres prestations du service après vente - entretien, révisions - restent au contraire en dehors de ce contrat.

Dans un deuxième temps, à l'expiration de cette garantie, ou en raison de la survenance d'un dommage non couvert par la garantie, le régime légal se substitue au régime conventionnel. La garantie apparaît alors comme une sanction de l'inexécution du contrat. Mais cette phase est une phase pathologique, provoquée par l'inadaptation de notre système légal de garantie(1).

173. L'objet de la garantie dans la distribution de biens techniques est en effet essentiellement d'assurer à l'acheteur un certain nombre de services matériels.

---

(1) Voir cependant sur l'introduction dans le système légal de garantie d'une obligation de service les articles 1642-1 al. 2 et 1646-1 al. 4, dans le domaine de la vente d'immeubles à construire.

Cette transformation de l'objet de la garantie repose sur l'existence d'un service après vente, c'est-à-dire d'une organisation spécifique - machines, locaux, stock de pièces, personnel - destinée à fournir ces prestations (1).

Dans la mesure où la garantie n'est plus seulement un moyen de rééquilibrer le contrat, mais a aussi pour objet des prestations positives, n'importe quel vendeur n'est pas nécessairement compétent pour assurer ce service. Le problème posé par la détermination du débiteur de la garantie devient en conséquence essentiel et il pourra arriver que se produise une dissociation entre le fournisseur du service de garantie et le débiteur de la garantie.

b) Les débiteurs de la garantie

174. La garantie est en principe due par le vendeur. Mais le problème est en réalité plus compliqué. La vente de biens techniques est généralement assurée par des distributeurs étroitement liés aux fabricants (2).

Dans tous les cas ces fabricants sont les seuls à posséder une totale maîtrise technique du bien. Il est donc normal qu'ils soient associés à la fourniture de la garantie même s'ils ne sont pas les vendeurs du bien.

Selon la nature des rapports existant entre fabricants et distributeurs le fabricant apparaîtra comme débiteur principal ou comme débiteur accessoire de la garantie.

---

(1) D. Tuille, La garantie des biens de consommation durables. Hommes et techniques 1971 p. 260 et s.

(2) Ce secteur est un domaine privilégié de la constitution de groupes de contrats. V. B. Teyssié, Les groupes de contrats, L.G.D.J. 1975 p. 254. Cf. T. Civ. Seine 17 décembre 1954 J.C.P. (CI) 1955.54906.

1) Le fabricant débiteur principal

175. Lorsque le fabricant assure lui-même les ventes aux particuliers - directement ou par les succursales - aucun problème juridique ne se pose. Il est le seul débiteur de la garantie.

Mais cette situation est peu fréquente. Le développement des ventes nécessite la décentralisation des points de vente et donc la constitution de réseaux de distributeurs. Le fabricant peut cependant assurer personnellement le service de garantie.

Il en est ainsi lorsque les distributeurs du produit n'ont pas les moyens techniques et financiers d'assurer un service après-vente complet et (ou) que les producteurs ne peuvent ou ne veulent pas assurer le financement et le contrôle technique de tels services. Cette situation est fréquente lorsque les biens distribués sont d'une technicité élémentaire ou encore lorsque la distribution du produit est très décentralisée mais ne porte que sur un volume réduit.

Dans ces hypothèses, le distributeur, en livrant le bien, remet au client un certificat de garantie établi par le fabricant et prévoyant les modalités de la garantie - durée, pièces garanties, main d'oeuvre gratuite, etc... Si une panne survient l'acheteur peut envoyer directement l'objet au fabricant.

Le fabricant qui dispose seul des moyens techniques nécessaires pour assurer le service de garantie est tenu conventionnellement de l'assurer. Le certificat de garantie constate sans aucun doute une convention annexe à la vente qui engage personnellement le fabricant.

Le client peut aussi agir directement contre le fabricant selon les conditions du droit commun. La jurisprudence reconnaît en effet à l'ache-

teur une action directe contre le garant de son vendeur 1),

176. Le bien peut aussi être remis à un quelconque distributeur qui l'enverra au fabricant.

Dans cette hypothèse, encore, seul le fabricant est tenu d'effectuer le service de garantie. En cas de mauvaise exécution ou d'inexécution aucun recours n'est possible contre le distributeur. Celui-ci n'agit que comme intermédiaire et en conséquence n'est tenu que de ses fautes dans l'exécution du mandat.- perte du bien, avaries dues au défaut de précaution lorsque le bien est dans le magasin, inexécution de l'envoi -. Mais il ne peut refuser de recevoir ce bien en arguant de l'inexistence d'un service après vente qui lui soit propre.

En effet la plupart des contrats de distribution prévoient l'obligation pour les distributeurs agréés de jouer ce rôle d'intermédiaire. Sans doute le client n'est pas partie à cette convention. Mais en utilisant dans son enseigne le titre de distributeur agréé, ou de concessionnaire, ou en se servant de cette qualité comme argument publicitaire, le distributeur s'engage personnellement envers les clients éventuels à fournir cette prestation. Par son pannonceau, le distributeur affirme sa qualité de "représentant" du fabricant (2). En refusant de fournir ce service il commettrait un refus de contracter sanctionné civilement (3) et pénalement (4).

---

1) Paris 24 février 1882 D.P. 1883.2.78. Civ. 12 novembre 1884 D. 1885.1.357 Cass. Civ. 1e 5 janvier 1972 J.C.P. 1973.II.17340 n. P. Malinvaud. Cass. Com. 27 février 1973 J.C.P. 1973.II.17745 obs. R. Savatier, R.T.D. Civ. 1973.562 nº 1 obs. Cornu. B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats, op. cité nº 191 à 193.

(2) Voir infra nº 414 et ss.

(3) J.C. Serna, Le refus de contracter. Thèse Paris L.G.D.J. 1967 p. 150 et s. Cass. civ. 1e 21 juillet 1976 J.C.P. (CI) 1976.I.5588.

4) Sur le refus de prestations de services, voir infra nº 817 et ss.

177. Enfin le bien peut être remis au vendeur qui l'enverra au fabricant. Il est évident dans cette hypothèse que le vendeur est tenu d'accepter le bien. Mais en outre il est tenu légalement de la garantie. Certains distributeurs importants prévoient une garantie conventionnelle qui complète celle du fabricant.

Mais en tout état de cause le vendeur tenu de la garantie légale, doit en cas de mauvais fonctionnement reprendre le bien ou diminuer le prix. Il est de même tenu de réparer les dommages causés à d'autres biens ou à des personnes. Le client peut agir contre lui selon les conditions du droit commun (1).

Dans cette hypothèse, il existe donc un garant tenu d'un véritable service de garantie (le fabricant) et un garant tenu seulement d'une garantie financière le vendeur (2).

178. Les rapports liant le constructeur, les distributeurs et les acheteurs, sont souvent plus complexes.

Les distributeurs sont dépendants, économiquement des constructeurs et leur politique commerciale est guidée par celle de la firme mère. Ces liens ont une incidence directe sur le fonctionnement du service de garantie.

Les modalités des conventions passées entre l'acheteur et le distributeur sont déterminées et reflètent les rapports créés par le contrat de concession. Même si le constructeur assume partiellement le service de garantie, les concessionnaires apparaissent comme les débiteurs principaux de ce service.

---

(1) Sur ce régime, v. Ghestin, rapport précité nº 77 et ss.
(2) Le fabricant est aussi tenu de cette garantie financière envers le vendeur et aussi envers le client (action directe). Mais dans l'hypothèse du fabricant c'est le service de garantie qui apparaît au premier plan.

2) Le distributeur débiteur principal de la garantie

179. Même lorsqu'il en est ainsi, le constructeur ne peut pas se désintéresser du service après vente, car son assistance technique est nécessaire. C'est pourquoi il intervient toujours dans la fixation des modalités de la garantie et dans la détermination des garants. Il assure le contrôle permanent de ce service.

Le concessionnaire est tenu de remplir des fichiers - fichiers de clientèle, fichiers techniques - centralisés par le constructeur, et exploités par son service commercial ainsi que par ses services techniques ou ses bureaux d'études.

Ces fichiers permettent d'apprécier les défauts les plus courants des biens et d'y remédier. Surtout ils permettent un contrôle financier et technique du concessionnaire.

Plus généralement, le service après vente des différents distributeurs est hiérarchisé (service central, directions régionales, concessionnaires, corps d'inspecteurs).

En définitive, les services après vente de chaque concessionnaire, apparaissent comme étant les éléments d'un service unique de l'entreprise du constructeur. Ce système permet la décentralisation de ce service, mais techniquement tout se passe comme si le concessionnaire n'était qu'un établissement sans autonomie juridique (1).

En outre le coût du service de garantie est assuré en définitive par le constructeur qui est lui-même garant du concessionnaire (2). Les mo-

---

(1) D. Vuille, La garantie des biens de consommation durables, article précité p. 164 et s.

(2) Cass. Com. 27 octobre 1970 [illegible] P. [illegible] n. P.L.
Comp. Cass. Civ. [illegible] 1974 [illegible] 1974 [illegible]

dalités de cette prise en charge sont réglées par le contrat de concession (1).

180. Il est donc légitime d'affirmer qu'en définitive le constructeur assure toujours le service de garantie. Les modalités particulières du contrat passé avec l'acheteur ne font que témoigner des variantes existant dans la structure des services après vente. Les clauses et certificats de garantie sont toujours rédigés par le service juridique du constructeur et stipulent que la garantie est due par le constructeur. La rédaction de ces clauses montre clairement que pour le constructeur, autant que pour l'acheteur, ce service est intimement lié à la fabrication du bien. Mais cette affirmation générale recouvre deux modalités différentes.

181. Le fabricant peut assumer la garantie personnellement et parallèlement au concessionnaire. Dans ce cas le service fourni par le constructeur est limité dans sa durée et dans son objet. Le constructeur s'engage simplement à remplacer immédiatement le bien lorsqu'il apparaît qu'il est atteint d'un défaut grave dès les premiers jours de fonctionnement. Cette garantie est plus une garantie de bonne fabrication qu'une garantie de bon fonctionnement.

Cette garantie conventionnelle résulte d'un engagement personnel du fabricant qui se superpose au contrat de vente. Il en résulte que le client

---

(1) Relevons que la garantie légale en conséquence ne joue pratiquement plus dans les rapports concessionnaire, concédant. Elle est remplacée par les clauses du contrat de concession. Pratiquement ces clauses peuvent aboutir à une répartition des charges entre les deux parties qui ne tient pas compte de l'effet des règles légales.

a une action directe contre ce dernier [illegible]. Mais cet engagement n'est que subsidiaire. Le service de garantie reste pour son essentiel assuré par les concessionnaires.

182. Ces clauses sont d'ailleurs peu fréquentes. Le fabricant le plus souvent s'en remet entièrement au concessionnaire.

Il est évident que le vendeur du bien est tenu d'assurer ce service de garantie. Mais le problème qui se pose est de savoir si les autres concessionnaires doivent aussi le fournir et si l'acheteur dans cette hypothèse a un recours direct contre le constructeur en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution du service.

183. Les prestations imposées aux distributeurs par les constructeurs ont un double objet : développer son emprise sur la distribution des biens qu'il produit et décentraliser ses services afin de promouvoir sa ou ses marques.

C'est pourquoi les contrats de concession prévoient que les distributeurs sont tenus d'assurer le service de garantie pour tous les biens de la marque quelqu'en soit le vendeur.

Cette clause se retrouve dans le contrat de vente passé avec [illegible] et qui stipule expressément que la garantie est due par tous les [illegible].

Cependant il n'existe a priori aucun lien entre ces concession[illegible] et le propriétaire d'un bien de la marque du concédant. Le contrat [illegible] vendeur n'est pas opposable aux tiers. Il est possible de se [illegible] lors s'il ne s'agit pas d'une simple clause de porte-fort [illegible] constructeur.

[illegible] Cass. Com. 10 janvier [illegible], Bull. Civ. III [illegible]. Cette clause a en réalité [illegible] d'intérêt. La jurisprudence en effet admet le principe général [illegible] directe de l'acheteur contre le garant de son garant [illegible] [illegible]. Cette solution est beaucoup plus favorable pour l'acheteur [illegible] faire supporter au fabricant l'intégralité de la dette [illegible].

Ce dernier s'engage personnellement à ce que les autres concessionnaires exécutent ce service. En cas de refus il serait personnellement responsable de cette inexécution (1). Mais il faut aller plus loin et admettre que les concessionnaires sont personnellement tenus.

Il a pu être jugé (2) et affirmé (3) que cette obligation devait s'analyser en un mandat donné par le constructeur. Cette analyse n'est pas admissible. Pour qu'il y ait mandat il faudrait d'abord que le mandant soit tenu d'exécuter l'obligation. Surtout ce prétendu mandat a pour objet l'exécution d'actes matériels.

En réalité la seule analyse possible est celle qui consiste à admettre que tout contrat de concession commerciale comporte au profit des acheteurs une stipulation pour autrui.

Les concessionnaires (promettants) s'engagent envers le constructeur (stipulant) à fournir certaines prestations à tous les clients de la marque (bénéficiaires).

184. L'acheteur qui dispose de l'ensemble du réseau du fabricant pour faire exécuter le service de garantie peut aussi agir directement contre ce dernier (4).

Cette action directe contre le vendeur originaire est admise

---

(1) Marty et Raynaud t. 2 1e vol. nº 251.
(2) Paris 12 novembre 1962 D. 1963 som. 25.
(3) F. Medjadj, Le service après vente. Mémoire multigraphié Montpellier 1970 p. 41 et s.
(4) Notons que cette action directe si elle permet l'exécution de la garantie financière, ne permet pas l'exécution du service de garantie, dont l'ordonnance est exclusivement contractuelle.

depuis longtemps en jurisprudence (1). Mais son fondement est contesté.

La majorité de la doctrine moderne (2) y voit l'effet d'une cession de créance implicite, découlant de la nature de la convention. Cette analyse est satisfaisante et traduit sans doute l'intention des parties. La rédaction des clauses de garantie montre bien que le producteur se considère en définitive comme le véritable débiteur de la garantie.

En réalité le fondement choisi importe peu dans la mesure où il n'entraîne pas de conséquences pratiques notables. Cependant il a un intérêt dans la mesure où il est lié à une conception générale de la garantie.

185. Les analyses qui prennent parti pour la cession de créance, ou pour la stipulation pour autrui, voient dans la garantie un simple droit de créance.

Cette conception, en l'état actuel de notre droit, est la seule exacte. Cependant il apparaît de plus en plus que la garantie consiste en un certain nombre de prestations matérielles positives nécessaires au bon fonctionnement du bien. Il est alors possible de voir dans ces prestations les accessoires du bien lui-même, et pas seulement les accessoires du contrat.

---

(1) Cass. civ. 25 janvier 1820 S. 1820.1.213. Aix 5 octobre 1954 J.C.P. 1955 II.8548 obs. Rodière. Cass. civ. 1e 4 février 1963 J.C.P. 1963.II.13159 obs. R. Savatier, S. 1963.I.193 note Meurisse. Cass. civ. 1e 5 janvier 1972 J.C.P. 1973.II.17340 n. Malinvaud. Cass. com. 5 février 1976 D. 1976.I. R. 121. comp. Cass. com. 27 février 1973 J.C.P. 1973.II.17745 obs. R. Savatier R.T.D. Div. 1973.582 nº 1 obs. Cornu D. 1974.138 n. P. Malinvaud, qui semble plus restrictif :
Dans la vente de biens techniques cette action directe contre le constructeur ne joue pratiquement que pour le premier acheteur. Les contrats de vente excluent en effet toute garantie envers les sous acquéreurs. Ceci veut dire que si le vendeur professionnel et le constructeur seront tenus de garantir le premier acheteur lorsque celui-ci aura dû garantir le sous acquéreur, ce dernier ne pourra pas agir directement contre le vendeur professionnel ou le constructeur.

(2) R. Rodière, note au J.C.P. 1955.II.8548. B. Gross, L'obligation de garantie dans le droit des contrats op. précité nº 191 à 193. M. Cozian, L'action directe L.C.D.J. 1969 nº [illegible]

L'obligation de garantie, en devenant positive, aboutit donc à une certaine patrimonialisation. La marque est le signe par lequel cette dernière se réalise. La valeur de la marque dépend en partie de la valeur des services fournis. Les titulaires de marques de fabrique ou de commerce importantes, n'en concèdent le droit d'usage à des distributeurs que si ces derniers assurent certains services, et en particulier le service de garantie.

La marque de commerce témoigne dans la distribution de biens techniques de l'existence de ces services qui ont un domaine d'application plus etendu que celui de la garantie. Ils doivent permettre en effet de manière générale d'assurer toutes les prestations nécessaires au bon fonctionnement du bien.

Ces services d'entretien, hors garantie sont en effet des "accessoires" necessaires au bien. Mais ils ne sont pas intégrés juridiquement dans le contrat de vente, et ils peuvent être fournis par des entreprises independantes. Cependant il est de l'intérêt des constructeurs et des distributeurs, afin de rentabiliser leur service après vente, de continuer à fournir ces prestations hors garantie. Des services apparaissent donc comme étant des services intégrés techniquement mais non juridiquement.

§ II - L'intégration technique des services

186. Ces prestations font l'objet de contrats autonomes. Dans certains cas les distributeurs n'assurent pas un tel service. Leur service après vente a pour seul objet d'executer le service de garantie. Cette situation concerne quelques distributeurs importants et independants des fabricants, qui pratiquent une politique de "discount". En conséquence ils cherchent à limiter au maximum le poids de leur service apres vente.

Mais dans la plupart des cas, les distributeurs et les producteurs cherchent à lier les services d'entretien et de reparation à l'opération de distribution. Cette intégration ne peut cependant être qu'imparfaite, mais elle tend à obliger [illegible]

services après vente.

Les vendeurs de ces biens font alors en sorte que ce soit aux services après vente qu'ils ont mis en place que les clients s'adressent.

A. Le service après vente obligatoire

107. L'utilisation de ces objets est souvent source de danger, pour l'utilisateur ou pour les tiers.

En conséquence la nécessité technique de n'utiliser qu'un bien en bon état, devient une obligation juridique. Un défaut d'entretien ou de réparation constitue sans aucun doute une faute de négligence susceptible d'entraîner la responsabilité du propriétaire du bien dont le défaut aura [illegible] dommages.

Plus généralement, le gardien du bien - c'est-à-dire l'utilisateur [illegible] dans la plupart des cas - verra sa responsabilité engagée dès lors que le dommage a été provoqué par "le fait de la chose", même si la cause du dommage n'a pu être déterminée précisément. Le défaut de la chose, même non apparent, ne constitue pas un cas de force majeure.

Si l'entretien et le contrôle du bien ont été confiés à un spé-

---

[illegible] parce le structure, parle le comportement pourrait trouver [illegible] intérêt. Il pourrait admettre [illegible] l'utilisateur est le gardien [illegible], quelle que soit sa position juridique [illegible] [illegible] locataire, emprunteur, etc... - et que le [illegible] [illegible] le gardien de [illegible] même lorsqu'il n'a plus la propriété de l'objet. Cette distinction [illegible] alors, peut-être, d'unifier les régimes de responsabilité [illegible] et délictuelle. Le fondement de l'obligation du professionnel serait toujours le même quelle que soit la victime, acheteur ou tiers. [illegible] [illegible] La responsabilité [illegible] [illegible] [illegible] II [illegible]

cialiste compétent, ce dernier assumera en définitive la responsabilité découlant de l'existence de vices cachés ou d'imperfections d'entretien [1].

L'utilisateur peut aussi - et parfois doit - s'assurer pour les dommages causés par les biens qu'il utilise. Mais alors l'obligation d'entretenir le bien trouvera sa source non seulement dans un principe général du droit mais aussi dans la pratique contractuelle.

En effet l'état du bien est pris en compte pour calculer le coût de l'assurance. Surtout l'assureur pourra refuser d'assurer des biens manifestement en mauvais état ou refusera d'indemniser les dommages provoqués par le défaut d'entretien du bien.

D'autres pratiques contractuelles vont dans le même sens. Les contrats de bail d'immeuble ou les règlements de copropriété obligent souvent le locataire ou le copropriétaire utilisateur de biens dangereux à les faire entretenir régulièrement par des professionnels compétents.

Il est possible de dire, en définitive, que dans de nombreux cas il existe une véritable obligation de recours au service après vente. Cette obligation n'oblige pas il est vrai à choisir le vendeur du bien comme contractant. Mais la politique commerciale des vendeurs tend aussi à limiter le choix du propriétaire des biens techniques.

B. <u>Le distributeur contractant oblige</u>

188. Pendant toute la durée de la garantie, de nombreuses opérations nécessaires, sont exclues de cette dernière, mais la garantie ne joue que si le bien a été entretenu, révisé, ou réparé par le vendeur, ou par un autre concessionnaire de la marque.

---

[1] Cass. Civ. [illegible] décembre [illegible]

Cette clause assure pratiquement au constructeur - par l'intermédiaire de ses concessionnaires - un véritable monopole d'entretien et de réparation des objets qu'il a fabriqués.

Les restrictions à la liberté du propriétaire se justifient dans la mesure où il est à présumer que les établissements non spécialisés ne sont pas suffisamment qualifiés pour effectuer de telles prestations.

Faire jouer la garantie alors que le bien a été réparé ou entretenu par un tiers aboutirait en définitive à garantir les opérations effectuées par ce tiers. En revanche, cette clause ne doit pas permettre au garant de refuser le jeu de la garantie lorsqu'il apparaît que l'opération a été correctement effectuée par le tiers. Cependant cette preuve est difficile à faire et cette stipulation est en pratique régulièrement respectée.

Il est donc possible d'affirmer que pendant la période de garantie, le service après vente, est dans tous les cas un accessoire nécessaire de la vente.

Ces liens subsistent encore à l'expiration de cette période.

182. Dans la mesure où un contrat d'abonnement a été conclu pour l'exécution de ces prestations, ce contrat est rarement résilié à l'expiration de la garantie. L'utilisateur désireux de bénéficier du meilleur service technique continue à faire appel au service après vente de son vendeur. En outre la politique d'integration des services après vente menée par les constructeurs a pour conséquence que seuls les concessionnaires disposent des machines et des stocks de pièces détachées nécessaires à l'exécution rapide et efficace de ces prestations. A l'expiration de la concession ils doivent rendre leurs stocks.

---

1 Non seulement ils sont seuls à être approvisionnés, mais ils doivent en outre rendre les stocks à l'expiration de la concession.

Cette exclusivité a, en définitive, une incidence directe sur la liberté contractuelle du propriétaire de biens techniques.

190. En conclusion, il apparaît que la fourniture de services est devenue un complément indispensable au transfert de propriété dans le contrat de vente. Ce développement des services matériels a provoqué par la technicité des objets vendus a été permis par la standardisation de ces prestations.

Un véritable service après vente ne peut être mis en place que si son coût est prévisible. Il est nécessaire en conséquence qu'il porte sur des biens produits massivement présentant des caractéristiques identiques et nécessitant des interventions stéréotypées.

Si d'un concessionnaire à un autre la nature et le coût des prestations variaient considérablement la gestion de tels services après vente intégrés deviendrait impossible.

Cette standardisation des prestations a pour stade ultime la matérialisation des services. Déjà certains constructeurs d'automobiles assurent le contrôle technique des véhicules par l'intermédiaire d'un ordinateur. La machine fournit seule toutes les prestations. Ce service est identique pour tous les véhicules et dans tous les garages de la marque.

A l'heure actuelle, l'utilisation de ce matériel électronique est réservée au garagiste. Le client contracte avec lui. Le contenu du service est modifié mais pas encore la forme juridique. Mais il n'est pas du domaine de l'utopie d'imaginer le jour où le client contractera directement avec l'ordinateur dans des "libre-services" de révision.

Cette matérialisation des services gagne en effet tous les jours de nouveaux domaines.

[illegible] - [illegible]

[illegible], Cette matérialisation n'est pas un phénomène nouveau, en soi. Le remplacement du travail humain par du travail mécanique est une caractéristique permanente de l'industrialisation.

Cette mécanisation était traditionnellement interne à l'entreprise et n'affectait pas les rapports juridiques liant producteur et consommateurs. Or, de plus en plus elle a des incidences juridiques.

La production de masse - conséquence de la mécanisation du [illegible] - a permis la réduction des coûts de production et des prix de vente [illegible] produits simples. Au contraire la réparation de ces produits est [illegible] dans des formes plus traditionnelles, et ces prestations sont [illegible]. En conséquence, le coût de réparation de nombreux [illegible] le coût de leur production. Il est donc moins onéreux de [illegible] que de l'entretenir, la production de masse a provoqué [illegible] de nombreux services artisanaux.

Une autre conséquence de la mécanisation des services réside [illegible] commercialisation, permettant ainsi une véritable automatisation [illegible] Dans la distribution automatique le client utilise [illegible] sans aucun intermédiaire humain, [illegible] services présentent donc deux aspects.

Dans certains cas, le service disparaît, remplacé par des produits [illegible] le prestataire disparaît, remplacé par des machines.

[illegible] d'affirmer cependant, que l'évolution [illegible] est une conséquence de ce phénomène, l'erreur mécanique [illegible] humaine.

§ 1 - Les produits substituts des services

192. Le domaine de cette substitution concerne essentiellement des produits techniquement simples, et de peu de valeur marchande, tels que bas, linge de maison, vêtements, montres, stylos ou pneumatiques.

Ces biens sont produits massivement. La recherche du moindre coût a une incidence sur leur fiabilité. Mais leur faible prix de vente en permet le renouvellement fréquent. Cette nécessité de re-consommer ces produits permet justement de développer ou de maintenir un haut niveau de production, sans crainte d'une trop rapide saturation du marché.

193. Ces biens sont distribués dans de très nombreux points de vente. Le maintien d'une politique de bas prix suppose que les frais de distribution soient réduits au maximum. C'est pourquoi ces objets se vendent dans des magasins non spécialisés mais très fréquentés par les consommateurs - tabacs, magasins de grande surface, etc...

L'existence de services après vente est incompatible avec les politiques de distribution menées par ces producteurs. De tels services seraient d'ailleurs dans une large mesure inutiles, le coût de réparation dépassant le prix d'achat de l'objet.

Cette disparition des services, accuit parfois, à la disparition de certains métiers artisanaux traditionnels : ramailleurs de bas, réparateurs de jouets, etc...

194. Traditionnellement ces biens d'usage courant étaient conçus comme des biens durables dont les principales qualités étaient la solidité ou la résistance.

Ces qualités sont au contraire de trop. Les objets ne sont plus

des biens que l'on utilise mais des produits que l'on consomme (1). Entre les biens durables et les biens immédiatement consomptibles, une nouvelle catégorie s'intercale, celle des biens de consommation durables. Leur durée de vie est saisonnière et doit s'interrompre lorsque cesse le plaisir de les posséder. Fabriqués avec des matériaux nouveaux - plastique, nylon - ils ont pour objet d'être éphémères.

195. La destruction rituelle a toujours été signe de richesse, de puissance (2). Mais ce "potlatch" moderne ne porte plus seulement sur des objets précieux. Il n'est pas fête mais quotidien. Il n'est pas collectif mais individuel et anonyme (3).

Le thème de l'objet "qu'on jette" est cher à la publicité. Les bas - en nylon -, les jouets - en plastique - ne se réparent plus. Il existe même des vêtements à jeter le soir ou des draps à jeter le matin. Le lavage, le nettoyage sont des services que la société moderne tend à éliminer.

Les montres, autrefois presque bijoux, se jettent et se renouvellent au bout de quelques mois. Ces exemples pourraient être multipliés à l'infini. La fugitivité des objets quotidiens, conséquence du système de production, s'appuie sur un système de représentations mythiques.

---

(1) Une différence importante permet de les distinguer des biens consomptibles. Ces derniers, une fois consommés, disparaissent socialement et matériellement. Les biens de consommation au contraire perdent rapidement de leur utilité sociale, mais leur présence matérielle demeure. Ils deviennent des choses abandonnées et forment alors la source d'un nouveau droit, celui des déchets et de la pollution (V. P. Girod, L'élimination des déchets et la récupération des matériaux, commentaire de la loi du 15 juillet 1975, D. 1975 Ch. 237.

(2) M. Mauss, Sociologie et Anthropologie. P.U.F. [illegible] Essai sur le don p. 142 et s. et particulièrement p. [illegible].

(3) J. Baudrillard, La société de consommation. [illegible] collection "Le point de vue de la question" [illegible] p. 76 et s.

La chose est symbole de richesse et d'abondance mais elle est aussi objet de mépris, illusion de pouvoir. Se débarrasser d'un objet c'est le dominer. Le comble de la propriété c'est l'abusus, au sens purement matériel du mot.

196. Ce phénomène économique et sociologique semble échapper au droit, en raison du caractère instantané des rapports sociaux qui en sont le support.

Les milliers de contrats passés quotidiennement n'existent que par leur masse. Pris isolément ils se résument à quelques actes purement matériels : lecture d'un prix affiché, paiement immédiat, enlèvement de l'objet. Le consentement n'est que gestuel.

Aussi les problèmes juridiques ne concernent-ils pas les contrats isolés, mais les conditions de l'offre massive. La réglementation administrative supplée à l'absence de libre débat entre les contractants (1). La réglementation des conditions de la publicité, la réglementation de certaines formes de ventes - ventes avec primes en particulier - ou la réglementation des prix (2) - taxation, mode d'affichage, etc. - constitue le nouveau droit de ces contrats.

197. La déjuridicisation de ces contrats se manifeste aussi lors de leur exécution.

Non seulement il n'existe plus de services d'entretien ou de réparation mais le domaine de la garantie légale est très restreint pour ne pas dire inexistant.

---

(1) V. infra nº 816 et ss.

(2) Sur ces points cf. M. Delmas-Marty, Droit pénal des affaires. Thémis 1973 p. 232 et la bibliographie citée p. 250. Voir aussi Loi 77.1194 du 27 décembre 1973. J.O. article 44.I. J.O. 30 décembre 1973. J.C.P. 1974.III. 41167. Adde infra nº 817 et ss. et nº 824 et ss.

Pratiquement cette garantie ne joue que lorsque le bien est défectueux à la première utilisation. En effet la détérioration rapide du bien est normale et l'acheteur est dans l'impossibilité pratique de prouver l'antériorité du vice dès lors que l'objet a déjà été utilisé.

Le jeu de cette garantie aboutira à l'échange ou au remboursement du produit. Cette mise en oeuvre est en fait à la discrétion du vendeur, dans la mesure où le client n'a guère de moyens de contraintes. Il est alors facile à ces derniers de présenter l'exécution de cette garantie légale comme un geste de pure générosité, comme un service d'ami.

Le service n'est plus une obligation juridique. Il rentre dans le vaste domaine des obligations naturelles. Dans certains cas - montres en particulier - les producteurs, par souci de sérieux, maintiennent un service de réparation et de garantie, mais dont le domaine est très limité.

D'une part, il n'est jamais assuré par les distributeurs mais est l'oeuvre exclusive du producteur. D'autre part, la garantie est toujours très courte et joue le plus souvent comme garantie financière et non comme service de garantie.

Enfin le service d'entretien et de réparation s'il joue parfois pendant la durée de la garantie n'a pratiquement plus de raison d'être à l'expiration de cette dernière, en raison du coût élevé des prestations.

Cette simplification des services dans la distribution des biens [illegible], va souvent plus loin. Non seulement le service disparaît, [illegible] lui-même s'efface laissant le client face à la machine.

[illegible] - [illegible] substitut du service

[illegible]8. Les machines sont souvent moins coûteuses que la main d'oeuvre.

Le droit du travail - repos hebdomadaire, durée du travail, congés payés, comités d'entreprise - ne s'applique pas aux machines qui, si

elles peuvent tomber en panne ne se syndiquent pas et ne font pas greve.

Ces considérations sont connues. Elles sont liées de manière generale au phénomène d'industrialisation. Mais traditionnellement ce phénomene de mecanisation du travail n'apparaissait que dans l'organisation interne de l'entreprise.

Le developpement de la standardisation des produits et des services fournis a permis de supprimer tout intermediaire humain dans les rapports avec la clientèle. Ce phénomène s'est d'abord manifesté dans la distribution des produits, par une simplification des services de vente. Les libre services - malgré le mecontentement des petits commerçants - gagnent en importance régulièrement. Dans ces formes de distribution cependant le vendeur n'est pas totalement supprimé.

Aujourd'hui au contraire se développent des formes de distribution ou de prestations de services dans lesquelles le client n'a plus aucun rapport personnel avec le vendeur.

A. Le libre service

199. Ces méthodes de vente concernent 8,6 % des magasins d'alimentation et assurent 38 % des ventes d'alimentation au détail

Ils sont passés de 1969 à 1972, de 18437 à 23139. Ces magasins regroupent en fait des entreprises tres diverses - superettes, supermarchés et hypermarchés -. Mais tous ont un point commun. Il n'y a plus de vendeur. Le client choisit les produits, les place dans un chariot, va payer a la caisse et transfere ses achats dans son sac ou sa voiture. Les services de manutention et d'emballage, normalement assurés par le vendeur, le sont donc ici par le client.

Les méthodes de vente ont posé, en droit pénal, de grands problèmes. La discussion a porté essentiellement sur la notion de soustraction frauduleuse (1). Il est inutile de revenir ici sur ce problème connu et résolu maintenant. Mais d'autres problèmes juridiques se posent.

200. La matérialisation des services dans ce mode de distribution fait que les prestations normalement assurées par le vendeur le sont ici par le client, qui devient en quelque sorte le préposé du magasin. Il est en conséquence inadmissible d'admettre avec la cour de Rennes (2) que le client blessé par le chariot fourni par le magasin, ne doive pas être indemnisé par ce dernier.

La Cour a considéré que cette fourniture était un prêt à usage, et qu'en conséquence la responsabilité du prêteur ne pouvait être recherchée qu'en cas de dol sur le fondement de l'article 1891 du Code civil. La logique de ce raisonnement est purement formelle. En effet la responsabilité atténuée de l'article 1891 a pour fondement l'idée que le prêt est un contrat gratuit. Or dans l'hypothèse du libre-service "le prêt" n'est que la conséquence d'un système de distribution imposé par le vendeur. Le client est obligé d'utiliser le chariot mis à sa disposition et il doit l'utiliser en respectant les consignes données par la direction de l'établissement. Le prêt permet en fait au magasin de faire exécuter par le client un service qui lui incombe (3).

En outre, dans le calcul du prix de vente des produits le coût de ce matériel est inclus. L'utilisateur paie donc de "prêt".

---

(1) Cass. crim. 14 et 30 mai 1958 Bull. crim. 391 et 421, D. 1958.513 n. M.R.M.P., J.C.P. 1958.II.10809 obs. Chavanne. Cf R. Vouin Droit pénal spécial Précis Dalloz t. 1 nº 17.

(2) Rennes 19 décembre 1972 G.P. 30, 31 mai 1973, R.T.D. Civ. 1973.567 nº 4 obs. Cornu.

3) Comp. dans le domaine des services publics administratifs, J. Demichel, Vers le self-service public D. 1970 ch. 77 et particulièrement p. 80.

Il n'y a en définitive aucune raison de privilégier le vendeur alors même que la tendance générale du droit moderne est d'imposer aux professionnels une obligation de sécurité. Cette obligation est souvent une obligation de moyens. Mais elle doit être renforcée lorsque les méthodes utilisées par le professionnel font croître les risques encourus et surtout lorsque le client agit aussi dans l'intérêt de ce dernier.

Ce "prêt" peut donc être comparé, mutatis mutandis, au prêt d'instruments de travail effectué par l'employeur. Il ne viendrait plus à personne l'idée d'affirmer que ce contrat est un prêt à usage. L'accident provoqué par un instrument de travail, est un accident du travail, conduisant à une réparation automatique (1).

Si une telle solution ne peut être transposée telle quelle dans le cas présent, il importe de protéger le client et d'imposer au vendeur une obligation déterminée de sécurité lorsque l'accident trouve sa cause dans l'utilisation du matériel du vendeur.

201. Ce rapprochement de la situation du client avec celle du salarié peut d'ailleurs être poussée plus loin.

Si le client assure le service de distribution pour son compte, et n'est pas le "préposé" du distributeur, ce dernier dispose d'une certaine autorité sur les acheteurs, autorité qui peut être rapprochée du pouvoir hiérarchique de l'employeur.

Le commerçant doit faire respecter les règlements concernant l'hygiène et la sécurité. Il peut aussi prendre toutes mesures propres à améliorer ces conditions. Ce pouvoir qui trouve sa source dans son droit de propriété, a pour contre-partie l'obligation de sécurité qu'il est tenu de remplir.

---

1 J.J. Dupeyroux, Sécurité sociale, Précis Dalloz 1971 n° 178 et s.

Ce pouvoir n'est pas propre à ce système de distribution mais les règles à faire appliquer sont ici plus nombreuses et plus étrictes. Le vendeur peut aussi réglementer les conditions dans lesquelles le client fournit "son service" dans le seul but d'améliorer la gestion du magasin.

Le client doit utiliser des paniers ou des chariots déterminés. Il ne doit emprunter que certains passages, monter et même transporter les marchandises à des endroits déterminés. Parfois même il doit ranger les chariots et les paniers, etc...

Ce pouvoir réglementaire né de la liberté contractuelle et du libre usage du droit de propriété est finalement très proche de celui du chef d'entreprise sur ses employés [1] même s'il est dépourvu de sanctions autres que le refus de contracter, découlant de l'exclusion du magasin.

[illegible] Pour renforcer ce pouvoir, certains directeurs de magasin prétendent parfois imposer leurs sanctions propres. En cas de vol ils imposent au client des amendes parfois très lourdes, sous menace de dénonciation à la police. Ces pratiques très contestables peuvent constituer un délit de chantage [illegible], mais psychologiquement elles ne sont pas différentes de l'obligation de payer les amendes - plus ou moins justifiées-(3), que l'employeur impose au salarié.

[illegible] observations il résulte que, dans les formes modernes de distri- [illegible] contiennent à [illegible], [illegible] simplifiés, standardi- [illegible] à la charge du client.

[illegible] services sont antérieurs à la formation du contrat, leur [illegible] la formation [illegible] pas totalement [illegible]. La chose de ces magasins [illegible]. La [illegible] - [illegible] - a pu ainsi [illegible] formation du contrat [illegible] le client

---

[1] [illegible]

passait devant le caissier.

La matérialisation du service se limite donc ici à une présentation particulière des lieux de vente. Elle n'aboutit pas à la mise en place d'un service automatisé.

B. La distribution automatique

204. Ces services très standardisés sont nombreux. Dans un premier temps, ils ont eu pour objet de permettre la distribution de produits ou de services de peu de valeur - boissons, bijoux de fantaisie, jeux automatiques, consigne automatique, cirage de chaussures, lavage automatique, etc...

Dans un deuxième temps, la modernisation des machines mises en place et la standardisation des prestations fournies a permis la fourniture automatisée de services plus élaborés : vente de tickets de transports ou surtout services bancaires.

Ainsi le développement de la gestion par ordinateur des comptes bancaires a-t-il permis l'automatisation du service de caisse. La caisse automatique (1) est un coffre fort électronique, disposé dans un lieu public. Son ouverture est obtenue au moyen d'une carte magnétique et par la composition d'un numéro de code personnel. La machine délivre alors les billets demandés dans les limites d'un plafond hebdomadaire. Le distributeur automatique est relié à un ordinateur qui gère les comptes des clients.

Que ces services soient très simples ou plus élaborés, dans tous les cas la machine remplace un contractant. Cette disparition matérielle de la personne a une incidence directe sur les rapports contractuels. Elle peut parfois conduire à rendre juridiquement la personne du co-contractant indéterminée.

---

1. [illegible]

a/ La modification des éléments contractuels

205. Cette modification se produit d'abord lors de la formation du contrat, mais elle affecte ensuite son contenu.

1. La formation du contrat

206. Le client se trouve seul face à la machine. Lorsque cette dernière est située dans un lieu public tout lien avec la personne semble disparaître. Cette réification du contrat dépersonnalise aussi le client. La rencontre des consentements n'est plus le moment clé de la formation du contrat qui se réalise de manière exclusivement gestuelle. Les règles sur le consentement et la capacité disparaissent ou se transforment.

La capacité de l'acheteur n'est plus déterminée par une règle légale mais par la simple aptitude matérielle à coordonner un certain nombre de gestes simples, ou même par la hauteur à laquelle est située la machine [1]. Ces contrats n'ont d'existence juridique que pris dans leur ensemble. Leur valeur vient de leur répétition. Les règles juridiques ne peuvent réapparaître pratiquement qu'au niveau de la réglementation de l'ensemble de ces contrats (2).

---

(1) Le peu de valeur des objets ou des services offerts fait que des opérations échappent au contentieux. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Ne pourrait on pas considérer, par exemple, que le transporteur a commis une faute en imposant un instituteur de billets à une hauteur telle qu'un enfant pouvait l'utiliser. Il serait possible par exemple d'en déduire que cette faute a facilité la fugue du mineur.

(2) Ainsi certains propriétaires de distributeurs de boissons installent-ils volontairement leurs appareils à la portée de très jeunes enfants. Il est évident que l'annulation des contrats individuellement formés est impossible pratiquement. Par contre il n'est pas absurde d'imaginer une réglementation qui, pour faire respecter les règles sur la capacité, imposerait une hauteur minimum à l'installation de tels appareils.

Ces considérations ont aussi des conséquences sur la nature des prestations qui peuvent être offertes. Dans la mesure où certaines prestations ou certains produits font l'objet de réglementations spécifiques et ne peuvent être offerts librement à des mineurs - alcool par exemple - il est certain que ces prestations ou ces produits ne peuvent faire l'objet d'une distribution automatique. Plus généralement, il faut admettre que la fourniture de produits ou de services de grande valeur marchande est impossible.

207. Ces modes de distribution aboutissent aussi à modifier profondement la notion même de consentement.

L'échange abstrait des consentements ne peut permettre la formation du contrat parce qu'il n'y a plus "échange", c'est-à-dire communication. La formation du contrat est purement matérielle. Elle se réalise par l'exécution de certains gestes - insertion du prix dans l'appareil - qui sont la réponse à une pollicitation purement matérielle, elle aussi. La réification des contractants a pour conséquence de transformer ces conventions en contrats réels (1). Cette qualification a plusieurs conséquences. Lorsque le client introduit dans l'appareil un objet autre que la pièce de monnaie prévue, il n'y a pas inexécution d'une obligation contractuelle, mais soustraction frauduleuse d'un objet qui n'a jamais appartenu au client. De même, l'exécution maladroite de l'obligation du client empêche la formation même du contrat (2). En cas de détérioration de la machine rien n'interdit de rechercher la responsabilité du client. Non seulement des problèmes de preuves peuvent se poser

---

(1) Cette terminologie ne signifie pas que le transfert de propriété n'a lieu qu'avec la délivrance de la chose. Dès que le contrat est formé le transfert de propriété intervient. Cette qualification a pour seul objet de montrer le particularisme de la formation du contrat.

(2) L'exemple le plus net est celui des distributeurs automatiques de billets de banque. La mauvaise introduction de la carte magnétique ou de la facturation du mauvais client a pour conséquence la prise de la carte par la machine et la non distribution de billets.

exemple un incapable à qui la banque aurait refusé l'ouverture d'un compte (1).

210. Excepté ce problème particulier, l'exécution du contrat pose essentiellement le problème de la nature de l'obligation de la "machine". Il faut admettre qu'elle est "tenue" d'une obligation de résultat, qu'elle fournisse des objets ou des services. La standardisation des prestations est telle qu'il est possible en effet de connaître exactement les caractéristiques du service fourni.

En outre, en faisant utiliser la machine par le client, le prestataire se décharge sur ce dernier d'une tâche qui lui incombe normalement. Il est impossible, en conséquence, d'admettre la thèse de certains auteurs qui considèrent que la responsabilité du mauvais fonctionnement de la machine ne peut jamais incomber au propriétaire de l'appareil, mais est toujours celle du client laissé seul face à la machine (2). Cette analyse néglige le fait, en effet, que cette infinie solitude a été provoquée par le fournisseur lui-même. Il est exact cependant que des problèmes de preuves peuvent se poser. Ils sont comparables à ceux que l'on rencontre en matière de location de coffres forts. Ils peuvent être résolus dans le même sens (3), mais ils ne suffisent pas à faire admettre la confusion entre l'objet de l'obligation, conserver une chose, et la preuve du préjudice.

211. Cette controverse reste cependant dans une large mesure théorique. L'insignifiance des contrats a pour conséquence que l'inexécution de la prestation

---

1) La situation peut être rapprochée de celle résultant de l'ouverture d'un compte à un mineur. Cf J. Stoufflet, Jurisclasseur Banque, fasc. [illegible] bis.
2) Cf Rodière, Droit des transports, t. 3, vol. 2. Sirey 1962 n° 1460. Ce problème soulevé à propos du contrat de consigne automatique se pose en des termes comparables pour les autres conventions passées avec des machines.
3) Voir [illegible].

est rarement sanctionnée.

Dans ce domaine encore, la distribution automatique de billets de banque est la question la plus délicate. L'opération automatisée se rattache en effet à des opérations plus complexes, la gestion des comptes clients.

L'erreur la plus imaginable est qu'un compte soit débité à tort. Le titulaire de ce compte pourra faire facilement la preuve de l'erreur en faisant examiner sa carte magnétique, qui recense toutes les opérations qu'il a effectuées. Il sera par contre très difficile de retrouver le bénéficiaire de l'erreur.

Il ne peut être admis à priori que ce dernier commet une faute si le client ne signale pas l'erreur commise. Le client doit vérifier que son compte est normalement approvisionné, il n'a pas à contrôler la gestion de la banque.

Les solutions les plus simples alors pour le banquier sont soit de reprendre toutes les cartes afin de les contrôler, soit de signaler à tous les clients cette erreur afin qu'ils vérifient leurs relevés bancaires.

212. Une dernière question doit enfin être envisagée. La machine peut causer un dommage au client. Dans ce cas, il faut considérer que le titulaire de la machine est tenu d'une obligation de sécurité, à l'égard des clients et des tiers. Cette obligation est une obligation de résultat dans la mesure où seul le titulaire de la machine peut en contrôler le fonctionnement correct.

De même l'entreprise utilisant cette technique de distribution doit faire en sorte que le client puisse se servir de la machine en toute sécurité. En effet ces appareils sont installés dans des lieux publics et fonctionnent de nuit comme de jour, sans que le client puisse bénéficier de la protection [illegible] du magasin et [illegible] employés.

[illegible] est particulièrement important pour les services

de caisse automatisés. Il est possible de se demander si le client, victime d'un vol aux alentours de la caisse automatique, ne pourrait reprocher à la banque d'avoir commis une faute de négligence dans l'installation de cette dernière. La banque, bien évidemment, ne pourrait dans ce cas être tenu que d'une obligation de moyens, et la faute qui pourrait lui être imputée devrait être nettement caractérisée : rue mal éclairée, peu passante, etc...

Tous ces problèmes font, qu'il est nécessaire de connaître le véritable distributeur ou le véritable prestataire de services, qui n'apparaît pas directement.

b) La détermination du co-contractant

213. Le commerçant, ou la collectivité qui veut offrir à ses clients ou à son personnel un service de distribution automatique, peut utiliser plusieurs formes juridiques (1).

La solution la plus simple est d'acheter la machine à un fabricant ou à un distributeur. Le propriétaire a alors la charge de l'approvisionnement et de l'entretien de l'appareil. Mais dans de nombreux cas il n'assure pas directement ces obligations. La convention d'entretien est annexée au contrat de vente. Le vendeur s'engage à effectuer un certain nombre de visites régulières et à intervenir lors de la survenance de pannes (2). De même le propriétaire fait souvent assurer l'approvisionnement et l'entretien quotidien de la machine (nettoyage) par un tiers.

214. Une autre solution possible est la location, simple ou combinée avec une promesse de vente. Le bailleur assure pour un prix forfaitaire l'ensemble de la maintenance de l'appareil. Il prend en charge les opérations d'entretien périodique et de réparation (3). Les conditions d'approvisionnement sont les

---

1) M.C. Piettrobelli Settimo, La distribution des boissons et des aliments dans l'entreprise. Hommes et techniques [illegible] p. 41.
2) Voir sur les conventions d'entretien [illegible].
3) Voir infra chapitre II, n° [illegible] et ss.

[illegible]

Dans ces deux cas, il ne fait pas de doute que le propriétaire du local [illegible] est le véritable distributeur du [illegible] service, il doit donc supporter les réclamations [illegible] éventuels contre les [illegible].

[illegible] Mais une troisième solution, plus compliquée, est aussi possible.

Le commerçant ou la collectivité ne fournit que le local où sera installé l'appareil. Il se charge simplement de l'aménagement de ce local [illegible]. [illegible] le contrat de gestion [illegible] le distributeur automatique [illegible] société qui peut être propriétaire ou locataire des appareils [illegible] l'approvisionnement et de l'entretien journalier. Dans certains [illegible] elle-même la réparation et l'entretien [illegible] laisser le soin [illegible], [illegible] sommes versées par les clients [illegible].

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Dans ce cas le propriétaire du local est seulement dépositaire de l'appareil (1). Ses obligations se limitent à aménager et à surveiller le local. Le partenaire du client dans le contrat de distribution est la société de gestion. La question ne fait pas de doute lorsque l'appareil est situé dans un lieu public. Mais lorsqu'il est situé dans un lieu privé - magasin ou entreprise - et lorsque son utilisation est réservée aux clients du magasin ou au personnel de l'entreprise la solution est moins nette. Le propriétaire du local apparaît aux yeux du client comme son véritable co-contractant.

Le client doit donc pouvoir exercer ses réclamations ou ses recours contre lui, sauf à ce dernier de se retourner contre le gestionnaire, à moins qu'il soit explicitement spécifié sur la machine que le véritable contractant est la société de gestion.

216. Il apparaît très nettement que ces modes de distribution, s'ils simplifient les rapports juridiques entre distributeurs et consommateurs, font naître de nouveaux rapports juridiques et de nouveaux services entre les distributeurs et des prestataires de services spécialisés.

La matérialisation des services au consommateur est liée à l'existence de services aux entreprises.

---

(1) Voir cependant Colmar 1[illegible] décembre [illegible], [illegible] sem. [illegible] qui a retenu la qualification de contrat sui generis, qualification qui n'apporte guère de précisions. La Cour a considéré que les risques de pertes de l'appareil appartenaient au propriétaire. Cette solution s'imposait, voir cependant [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible], [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible].

CHAPITRE II - LES SERVICES AUX ENTREPRISES

217. Traditionnellement les entreprises assuraient personnellement toutes les fonctions nécessaires à la réalisation du processus de production (1), et n'avaient recours à des services extérieurs que pour l'accomplissement de tâches très spécifiques et accessoires à l'activité principale : services libéraux, transports, manutention, etc. Actuellement, au contraire, malgré un goût du secret prononcé (2), de nombreuses entreprises ont recours à des prestataires de services pour l'accomplissement de tâches essentielles d'organisation et de gestion (3). Le développement de ces prestataires est cependant relativement fragile. A une période d'expansion incontrôlée, a succédé une période de stabilisation et de concentration. En 1973 le pourcentage des salariés employés dans le secteur des services avait diminué de 0,[illegible] % par rapport à 1972. Ce léger tassement se retrouve même dans les domaines les plus [illegible].

---

(1) Dans toutes les branches d'activité les tâches non directement productives emploient un nombre très important de salariés ([illegible] % dans l'industrie pétrochimique). Cf Collection de l'INSEE [illegible] septembre 1971 [illegible] emplois en 1970.

(2) Sur le secret des affaires Cf C. Gavalda, Le secret des affaires, in Mélanges Savatier Dalloz 1965 p. [illegible] et s.

(3) Cf DATAR questions à la société tertiaire in Travaux et recherches de prospective, doc. [illegible] n° 45 novembre [illegible] p. [illegible] [illegible] l'importance de ces services [illegible]

Dans l'ingénierie le nombre des entreprises est passé en un an (1970-1971) de 823 à 806 (1). Cette diminution provient essentiellement de la disparition de petites entreprises individuelles, passées de 135 à 114. Dans le secteur de l'informatique le taux de croissance a été en 1971 de 25 % et de 20 % en 1972, alors qu'il atteignait auparavant 35 à 40 % (2).

218. Le développement des sociétés de service, après avoir suscité l'enthousiasme (3), provoque les critiques (4). Il leur est essentiellement reproché de connaître une faible productivité (5) et d'être un facteur constant d'inflation. Entre 1962 et 1972, le taux d'inflation des services a été de 7,2 % alors qu'il n'a été que de 1,2 % pour les produits industriels (6). De novembre 1972 à novembre 1973, la hausse des prix des services a atteint 8,8 % (7) alors que les prix industriels n'avaient augmenté que de 6,4 %. Ces in-

---

(1) Enquête effectuée par le M.D.I.S. en 1973 sur les sociétés d'études et de conseils, publiée par le Service central de la statistique et des informations industrielles 85 Bd Montparnasse Paris 6e. Cf aussi Le Monde du 11.1.1972. L'ingénierie française cherche son second souffle p. 11, qui fait état de mesures de réorganisation ayant entraîné de nombreux licenciements dans les plus importantes sociétés du secteur.

(2) Le Monde, 8 juin 1972. Cf aussi pour les difficultés de la SEMA, très importante société de conseil informatique, Le Monde du 24.11.1972 p. 32 Le Monde du 20.1.1973, et le Monde du 10.11.1974.

(3) Les dossiers d'entreprise nº 24 Mars 1971 : Tertiaire et services p. 9 et ss.

(4) Les dossiers d'Entreprise nº 32 février 1973. Les sociétés de services p. 30 et ss.

(5) Idem.

(6) Le Figaro, 14 novembre 1973.

(7) Le Monde 29 décembre 1973 p. 3. La hausse élevée du coût des matières premières a pendant un moment réduit et même inversé cet écart. En août 1974 le prix des services avait augmenté de 0,5 % par rapport au mois de juillet, alors que la hausse de l'ensemble des prix de détail avait été de 0,8 % et celle des prix des produits industriels de 1 %. A la même date, le rythme annuel de hausse des prix pouvait être évalué à 13,4 % pour l'ensemble des prix de détail, 16,5 % pour les prix des produits industriels et 13 % pour les prix des services. Le Monde 15 octobre 1974 p. [illegible]. Mais assez vite la situation est redevenue celle qu'elle était avant la crise. Ainsi de janvier 1975 à janvier 1976, la hausse moyenne des prix a été de [illegible] %, alors que la hausse des prix des services [illegible]

conviennent ne sont cependant pas [illegible] le développement de ces activités.

219. La croissance de ce secteur est, dans une [illegible] mesure, la conséquence de l'augmentation des charges fixes des entreprises et corrélativement de la rigidité croissante de leur gestion. Le besoin d'investissements matériels coûteux se fait sentir pour les grandes entreprises dont la croissance est une nécessité comme pour les P.M.E. dont la spécialisation est impérative (1). Ces biens techniques, onéreux à l'acquisition, supposent une maintenance importante et régulière qui aggrave le coût des charges fixes. Dans un équipement informatique, la machine (le hardware) ne représente que 38 % environ des dépenses d'équipement. Les dépenses de locaux, d'énergie (avant la crise pétrolière) et de fournitures représentent environ 12 % du coût du matériel. Les dépenses en personnel nécessaire au fonctionnement de l'installation représentent 25 % du budget de l'opération (3). Ce secteur présente sans doute une originalité marquée, mais dans les domaines plus traditionnels, comme la grosse et moyenne mécanique, les dépenses d'entretien représentent 10 % du montant des investissements (4), ce qui constitue une somme considérable.

[illegible] doivent en outre être fréquemment renouvelés, l'in- [illegible] position privilégiée sur

---

[illegible] entreprises. Ed. [illegible]

[illegible] problèmes de financement [illegible] du 14 février [illegible]. Le prix de l'utilisation [illegible] fonctionnement [illegible]

les marches (1).

Ce changement technique est cependant moins important que ne le pensent certains apologistes du système industriel. Les grandes firmes ont tendance à freiner l'innovation autant qu'à la promouvoir (2). Il n'en demeure pas moins, que dans les techniques de pointe et dans les secteurs très concurrentiels, l'activité inventive est une nécessité (3).

[illegible]. Le développement de l'innovation repose sur une politique de la recherche scientifique, qui peut être considérée comme une forme d'assurance contre les risques du vieillissement du matériel et des produits (4). La recherche moderne nécessite des investissements considérables en matériel, mais surtout en "matière grise". La "Connaissance" devient pour l'entreprise une [illegible]

---

(1) J.J. Servan-Schreiber, Le défi américain, op. cité p. 98 et ss. Cf. aussi M. Bressy et G.C. Richoux, op. cité p. 26 et ss. L'affaire Rateau a montré l'importance que les syndicats accordaient à ces facteurs. Pour ces derniers le déficit de l'entreprise n'était que la conséquence de la politique d'Alsthom C.G.E. qui avait refusé de moderniser le potentiel industriel de cette dernière. Voir Libération du 12 février 1974, Le Monde du 14 février 1974. A cet égard il est significatif de constater que depuis l'affaire Lip le personnel et les syndicats ne se contentent plus de s'opposer aux licenciements collectifs, mais [illegible] de révéler l'inefficacité volontaire ou pas de la gestion patronale. Ce renouvellement des méthodes de lutte ouvrière, doit être rapproché des changements intervenus dans les méthodes de gestion des entreprises. Cf. Lip [illegible] collectif publié sous la direction d'E. Maire et de J. Pinget [illegible] Seuil 1973. Collection Combats.

(2) F. Lambert, L'innovation, facteur d'expansion internationale de l'entreprise. Mémoire [illegible] multigraphié Paris 1972 ; voir aussi [illegible] 6 avril 197[illegible] [illegible] des produits des grandes firmes [illegible] seraient nouveaux. La revue [illegible] avril 197[illegible] considère que dans la plupart des grandes firmes, aucune politique de l'innovation n'est suivie. Pour l'Européen [illegible] 1970 plus une entreprise croît, plus l'innovation y est difficile.

(3) Bulletin de la [illegible].

(4) [illegible]

sation fondamentale (1). L'importance de la recherche aux Etats-Unis est bien connue. Le rôle de l'Etat y est d'ailleurs primordial, lorsque la rentabilité de la recherche est très aléatoire (2).

222. La détention de connaissances ne suffit pas. Le développement des entreprises est lié à la maîtrise des techniques de pointe mais aussi à la meilleure organisation des compétences possédées (3).

La puissance d'une entreprise repose en grande partie sur son aptitude à "optimiser" le rendement des différents facteurs de production (4). Ces investissements intellectuels sont d'autant plus importants que l'entreprise est concentrée, et adopte des méthodes de gestion et de production modernes (5).

L'informatique en offre un exemple saisissant. Le coût de programmation d'un ordinateur atteint 20 % du budget total de l'équipement (6). Or, ces dépenses ne sont pas temporaires. Le software est toujours perfectible ; en conséquence, son coût alourdit les frais d'investissement mais

---

(1) Dans certains secteurs la recherche est financée à 90 % par l'Etat : voir J.J. Servan Schreiber, Le défi américain, op. cité p. 100 et ss ; voir aussi Le Monde du 15 février 1974 sur l'importance du budget de la recherche scientifique aux Etats-Unis. Sur le rôle essentiel des scientifiques voir J.K. Galbraith, Le nouvel Etat industriel op. cité p. 298 et ss.

(2) J.J. Servan Schreiber, Le défi américain op. cité p. 61 et ss.

(3) Voir J.K. Galbraith, op. cité p. 71 et ss. Voir aussi J.J. Servan Schreiber Le défi américain op. cité p. 40 et ss.

(4) Dans les industries modernes et concentrées le nombre de cadres est nettement supérieur en pourcentage à celui existant dans les industries traditionnelles (F. A. Desrosières, Le découpage de l'industrie en trois secteurs, économie et statistique 1972 nº 40 p. 3).

(5) Voir par exemple la création de sociétés financières d'innovation. R. Saint Alary, cas à la C.E.E., Doc. 1973.301, Adie Barrenstein, Les sociétés financières d'innovation, thèse dactylographiée Paris I 1974. Le financement de l'innovation C.E.P. 1975.I.2700 J.O.C.E. C.1, 1975.II. 1681 ; Le rapport public et privé des sociétés financières d'innovation C.E.E. C.1. 1975.II.1780.

(6) J.M. Fourastié, Le prix de l'informatique, Le Monde 18 septembre 1973.

aussi ceux de fonctionnement. La maîtrise de ces connaissances est délicate, et constitue la condition sine qua non de la rentabilité du système informatique. Il est normal dans ces conditions que les litiges soumis aux tribunaux, aient toujours porté sur la mauvaise insertion de l'équipement informatique dans l'entreprise, et non sur la qualité du matériel lui-même (1

223. Les investissements intellectuels nécessitent aussi un personnel hautement qualifié qui est une cause d'accroissement sensible des charges permanentes de l'entreprise. Les salaires en effet sont très élevés, et la rentabilité du personnel, nécessite une certaine stabilité de l'emploi, en raison du coût élevé de sa formation (2).

Le licenciement de ces salariés entraîne le versement d'importantes indemnités ; leur remplacement entraîne de nouveaux frais de recrutement et de formation.

224. La transformation des charges de personnel en charges fixes, affecte aussi dans une large mesure le personnel d'exécution. Les mutations économiques des quinze dernières années, ainsi que les menaces de récession, et donc de chômage, font de la stabilité de l'emploi, une des plus importantes préoccupations sociales actuelles (3). Il est significatif à cet égard que les grandes restructurations économiques en cours, aboutissent aussi à d'importants accords collectifs créant une véritable planification de la politique de

---

1) T. Com. Rojan 1er mars 1966. Journ. agréés [illegible] n. Seffert ; R.T.D. Com. [illegible] ; [illegible] Com. [illegible] obs [illegible] ; [illegible] Paris 19 avril 1971. G.P. 30 juin 1971 n. J. Mégret et P. Daudier ; D. 1971.482 n. J.C. Fourgoux, R.T.D. Civ. 1971.870 obs Cornu, J.C.P. 1971.II.16752 n. P.L., journ. agréés 1971.227 n. Seffert, R.T.D. Com. 1971.1072 obs Hémard ; Paris 21 juin 1971 D. 1972 som. 51 J.C.P. 1972.II.17158 n. Mégret ; Paris 12 juillet 1972, G.P. 1972.J.504 n. Mégret, J.C.P. 1974.II.17603 n. N.S.

2) A. Page, L'investissement intellectuel, art. précité p. 43.

3) Voir sur ce point l'important accord survenu entre le C.N.P.F. et les syndicats de salariés, garantissant aux salariés licenciés pour des motifs économiques un an de salaires (Le Monde 15 octobre 1974 p. 1).

l'emploi à suivre [illegible] d'une telle politique pour les travailleurs, le problème [illegible] pendant de longs mois, au centre des discussions sur la politique de l'entreprise, toutes ces questions, tant au niveau du pouvoir individuel de travail, qu'au niveau collectif, sont aussi au centre de nombreuses institutions du droit du travail contemporain (2).

---

(1) Voir par exemple le plan professionnel de la sidérurgie lorraine qui a abouti à la signature de la convention sociale du 30 juin 1967 organisant les licenciements, les départs "naturels" et le reclassement des salariés (Droit social 1968 371).

2) Voir par exemple l'ordonnance du 24 mai 1945 et ses textes d'application (Of Camerlynck et Lyon Caen, droit du travail, précis Dalloz 1973 nº 97 et ss p. 10 et ss) prévoyant l'intervention des services de la main d'oeuvre en cas de licenciement collectif afin d'en contrôler la légalité. Voir dans le même sens l'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 18 juin 1966 Camerlynck et Lyon Caen précis nº 335 et ss p. 343 et ss) sur les comités d'entreprise imposant la consultation du comité avant tout licenciement. Adde l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 J. Saire, Droit social 1969,168, F. Delamotte, Droit social 1969. 498, qui organise l'information et la consultation des comités d'entreprises lors des licenciements collectifs, ainsi que l'accord interprofessionnel du 27 mars 1972 garantissant aux travailleurs âgés privés d'emploi un complément de ressources, et surtout l'accord interprofessionnel du 14 octobre 1974 (Le Monde du 15 octobre 1974) prévoyant pour tout travailleur licencié pour motif économique, une indemnité équivalente à 90 % du [illegible] pendant un an, [illegible] avec les propositions du Comité d'Etude pour la formation de l'entreprise, Doc Fse 1975. Il faut citer aussi la [illegible] du droit de licenciement : M. Rombert, Le nouveau droit du licenciement, Supplément de la responsabilité 1973, J. Savay, Une importante [illegible] en matière de stabilisation du contrat de travail : deux interventions : la loi du 13 juillet 1973 et la portée d'application du 10 août 1973, [illegible] du chef d'entreprise de mai septembre 1973, J. P. Lanquetin, [illegible] du licenciement, Doc. 1973 nº p. 183, M. Despax, Le [illegible] Droit social 1973 [illegible] Lyon Caen et Pelissier, Droit social 1973 [illegible] ; licenciement individuel, [illegible] loi du 13 juillet 1973, Savay Droit social 10 octobre 1973 ; J. Lyon-Caen et Pelissier, [illegible], La portée du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973, Droit social 1973,497 ; Savay, Droit social 1973 Lyon-Caen, Droit du travail nº [illegible] droit de [illegible] 1974 ; J. Rivero, [illegible] Droit social 1974 [illegible] du licenciement, [illegible] ; [illegible] de l'entreprise, [illegible] ;

Malgré leurs imperfections ou leurs lacunes, ces dispositions tendent directement à éviter que le chef d'entreprise ne licencie son personnel ou ne modifie ses conditions de travail (1). Elles ont pour conséquence inévitable un accroissement de la rigidité des charges de personnel.

225. Cette rigidité associée au coût et à la rigidité des charges d'investissement, explique facilement le désir des entreprises de limiter leurs charges fixes, afin d'améliorer leur rentabilité et leur souplesse.

Le recours aux sociétés de services répond à ce souci (2). Le besoin de limiter les charges non directement productives entraîne la suppres-

---

... M.C. Bonnetête, De la notion de faute à la notion de cause réelle et sérieuse, dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. D. 1974 ch. 191. La méthode adoptée par le législateur mérite quelques remarques. Deux positions antagonistes s'affrontaient ouvertement. Les employeurs considéraient que la liberté de licenciement constituait une de leurs prérogatives fondamentales, qu'il était impossible et dangereux de limiter. Les syndicats demandaient que l'employeur soit tenu de prouver la justesse du motif de licenciement. Il s'agissait donc, pour traduire ce conflit en termes juridiques de savoir si la prééminence des principes traditionnels du droit civil devait être conservée ou s'il fallait admettre l'existence de concepts propres au droit du travail (Cf Lyon-Caen, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail R.T.D. Civ. 1974.229 et ss nº 10 et ss). Or le législateur s'est refusé à résoudre cette antinomie, laissant ce soin au juge. Ce problème juridique essentiel est devenu une simple question de fait laissée à l'appréciation du juge. Pour éviter de résoudre une contradiction, le législateur a préféré créer un "vide juridique".

(1) L'employeur ne peut unilatéralement modifier le contenu du contrat. En conséquence l'offre de modification des conditions de travail doit être analysée en un congé conditionnel (Jaurlynck et Lyon-Caen, Droit du travail op. précité nº 136). Sauf intention vexatoire, le congédiement est parfaitement régulier.

(2) C. Baudelot, R. Establet, J. Malemort, La petite bourgeoisie en France op. précité p. 62. Cette analyse permettrait dans toute d'expliquer d'autres phénomènes, tels que le développement de la sous-traitance.

tion des services internes insuffisamment utilisés. Le recours aux presta-
taires de services n'est donc plus seulement occasionnel mais il est souvent
permanent. Il permet aussi en période de récession de se passer en profit
du concours de ces sociétés sans avoir à licencier son propre personnel [1].

225. Le développement de telles pratiques n'aurait cependant pu être aussi
rapide si le système fiscal n'avait pas été réformé.

Avant la généralisation de la T.V.A. par la loi du 6 janvier
1966 [2] les opérations autres que les ventes étaient soumises à la taxe sur
les prestations de services. Cette taxe, créée en même temps que la taxe à
la production par une loi du 31 décembre 1936, était une taxe cumulative.
En conséquence l'entreprise de production qui avait recours à des services
extérieurs ne pouvait déduire cette taxe de celle perçue sur le produit [3].
De même l'entreprise de services qui avait recours à d'autres entreprises de
services, voyait le prix définitif du service grevé d'une cascade de taxes.
Cette solution favorisait les circuits intégrés, et était un obstacle à la
création de sociétés de services spécialisés. La réforme de 1966, en généra-
lisant la T.V.A., et en conséquence, le droit à déduction, rétablit la neu-
tralité fiscale et supprima ainsi un obstacle important au développement des
prestataires de services.

227. Les sociétés de plus en plus nombreuses, ont des objets très [illegible] qui
recouvrent l'ensemble des besoins des entreprises. L'équipement en [illegible] de

---

1. Ci par exemple le [illegible] du [illegible] février [illegible] qui signale que [illegible] l'au-
torité des compagnies aériennes entraînera [illegible] recours à des consultants et à des bureaux d'études.
2. M. Cozian, La fiscalité des entreprises, Lib. [illegible], [illegible] gestion, [illegible] p. [illegible] à [illegible], A. Turp, Fiscalité de l'entreprise, [illegible] Coll. [illegible] des entreprises, [illegible] p. [illegible] à [illegible].
3. [illegible] p. [illegible] à [illegible] A. Turp, [illegible] p. [illegible] à [illegible]

production nécessite de nombreuses prestations : services de conseil pré-vente, services d'entretien et de réparation. Des entreprises louent des biens de production et en assurent la maintenance. Le client peut se décharger ainsi du service d'entretien, pallier aux risques d'obsolescence et donner une certaine souplesse à ses investissements (1).

Ce type de location est fréquemment utilisé pour l'équipement informatique (2), ainsi que pour l'équipement en matériels de transports (3).

228. Les investissements ne nécessitent pas seulement des équipements matériels ; ils nécessitent aussi des études approfondies. La "matière grise" est devenue l'activité essentielle de nombreuses entreprises. Les sociétés

---

(1) Ceci différencie sensiblement le "renting" du "leasing". Le crédit bail est essentiellement un procédé de financement qui peut s'étendre sur de nombreuses années. Dans ces conditions les charges de l'opération peuvent être considérées comme des charges fixes.

(2) Usine nouvelle mars 1971. L'essentiel du parc ordinateur est loué ; Le Monde 3 août 1971 "La C.I.I. crée avec un pool bancaire une société de financement". Pour améliorer ses problèmes de trésorerie et le développement de son marché, la C.I.I. et un pool bancaire comprenant les principales banques de dépôt et d'affaires françaises avaient créé une société, la C.I.L.O.M.I. dont l'objet étant le financement de l'activité de la C.I.I. Le schéma de mise à la disposition des ordinateurs était le suivant : la C.I.I. vendait les ordinateurs qu'elle avait fabriqués à cette S.I.C.O.M.I. qui les lui relouait. A son tour, la C.I.I. sous-louait les ordinateurs aux utilisateurs. L'avantage pour la C.I.I. était de disposer d'une trésorerie plus importante, tout en pouvant fournir au client l'ordinateur en location et en lui assurant tous les services accessoires et nécessaires au bon fonctionnement de l'équipement. Juridiquement cette formule consistait à combiner une opération de lease back et une opération de renting, opération connue sous le nom de leasing [illegible] (J. Parleani, Le lease back, R.T.D. Com. 1973 n° 699 et ss et n° 65).

(3) Le Monde 10 février 1970, J. Hovelacque : plutôt que d'assurer elles-mêmes leurs transports, les entreprises préfèrent de plus en plus louer des camions. En deux ans (du 1er janvier 1967 au 1er janvier 1969) le parc des véhicules loués a augmenté de plus de [illegible] unités, tandis que celui des entreprises diminuait de [illegible] unités [illegible]. Le parc des transporteurs publics a augmenté seulement de [illegible] unités.

[illegible] sociétés [illegible] activité est de traiter selon des méthodes modernes, [illegible] personnel.

Il en est de même [illegible] dans une [illegible] lement un service [illegible] entreprises de [illegible]

230. Elles ont [illegible] charges de personnel de l'entreprise. [illegible] lorsque la société de service [illegible] nécessite essentiellement une main d'œuvre [illegible] évident est celui des entreprises de nettoyage [illegible] essentiel de ces prestataires [illegible] de personnel [illegible] l'utilisateur et non dans les locaux de la société de service [illegible] de ces prestataires est très comparable à celui des entreprises de travail temporaire, qui mettent à la disposition d'utilisateurs, du personnel, [illegible] assurer eux-mêmes aucun ouvrage déterminé (1).

231. Dans ces conditions, les services fournis aux entreprises ne peuvent pas être envisagés comme une simple succession de contrats, [illegible]

---

(1) Il est significatif que de nombreuses entreprises de travail temporaire aient proposé à leur client toute une gamme de services [illegible] vaux [illegible] de personnel, etc... [illegible] la loi [illegible] travail temporaire [illegible] travail [illegible] [illegible]

originaux. Ils sont le cadre juridique d'une véritable politique de l'entreprise qui tend à une spécialisation des travailleurs, mais aussi des unités patrimoniales. La notion même d'entreprise (1) est alors remise en question avant d'avoir pu faire l'objet d'une véritable définition.

Dans certains secteurs, la pétrochimie par exemple, plus de 60 % des travailleurs ne sont pas les salariés de l'entreprise qui les emploie de facto (2). Il est alors téméraire de voir dans l'entreprise une "communauté" transcendant les intérêts particuliers de ceux qui la composent (3). La volonté des chefs d'entreprise de dissocier le rapport juridique de travail de sa fonction économique, témoigne de l'irréalisme d'une telle conception.

232. Le recours systématique à des entreprises de services, soulève de nombreuses difficultés. Il permet par exemple à l'entreprise utilisatrice, d'échapper, dans une large mesure, aux règles d'ordre public du droit du travail, notamment à celles qui exigent pour leur mise en oeuvre l'existence d'un minimum de salariés, que ce soit pour la représentation des intérêts collectifs ou pour la défense des intérêts individuels (4).

Lorsque la conjoncture économique est défavorable, l'entreprise utilisatrice peut se contenter de rompre les contrats de services et n'a pas à procéder à des licenciements, avec toutes les contraintes et tous les risques [illegible] qu'ils comportent. [illegible] pour l'utilisateur, cette [illegible] comporte des risques [illegible] pour la [illegible] de services et tout particulièrement pour ses salariés. La rupture des contrats de services risque souvent

---

(1) [illegible], infra n° [illegible] et [illegible].
(2) [illegible] communiqués par le [illegible] de ce secteur [illegible] [illegible].
(3) [illegible]
(4) [illegible]

d'aboutir à une mise en règlement judiciaire, ou en liquidation de biens des prestataires particulièrement sensibles aux menaces de récession.

233. La faillite de ces entreprises prive d'emploi de très nombreux salariés. Elle correspond en fait à un licenciement collectif (1), socialement plus coûteux mais économiquement plus rentable.

Dans la plupart des cas la protection des salariés de l'entreprise de services est finalement, beaucoup moins complète que celle des travailleurs de l'utilisateur (2). En raison de la taille de l'entreprise, de nombreuses règles de droit du travail ne trouvent pas application ; le mouvement syndical plus dispersé est moins puissant ; les conventions collectives et les conditions individuelles de travail sont moins favorables (3). En pratique, l'effectivité du droit du travail est mal assurée.

---

(1) Le passage d'une institution de droit du travail à une institution de droit commercial met en évidence l'esprit dans lequel ces "sociétés de services" peuvent être utilisées. Il s'agit pour les entreprises importantes d'écarter des règles protectrices et d'ordre public, en jouant sur le pluralisme de nos institutions juridiques. Ce pluralisme, qui permet d'appréhender un même fait selon des techniques qui s'excluent mutuellement, est caractéristique du droit moderne.

(2) Certains contrats l'expriment parfois ouvertement. Ainsi les contrats passés par I.B.M. avec des prestataires de services prévoient formellement que les salariés de ces derniers travaillant chez I.B.M. ne pourront en aucun cas bénéficier des avantages sociaux accordés par I.B.M. à ses propres salariés.

(3) Voir par exemple un cas limite mais non exceptionnel rapporté par le Monde du 1er février 1973 sous le titre "Un scandale pour les terrassiers des voies ferrées". Il ressort de l'article que la S.N.C.F., qui est censée être un service public utilise pour effectuer des terrassements sur les voies, les services d'un sous-traitant qui emploie essentiellement des travailleurs immigrés, en situation plus ou moins régulière dans des conditions matérielles et de sécurité particulièrement mauvaises.

[illegible] de laisser [illegible] l'entreprise [illegible] d'employeurs différents. [illegible] travailleurs temporaires. [illegible] service, bien qu'assurant une tâche déterminée, [illegible] l'assurer qu'en envoyant des salariés dans l'entreprise utilisatrice, [illegible] personnel chargé de la surveillance ou de l'entretien d'une entreprise. [illegible] fréquemment des intérêts divergents de ceux des salariés de l'utilisateur [1], l'utilisation des sociétés de services peut ainsi être une arme antisyndicale [2].

134. Une dissociation entre l'employeur de droit et l'employeur de fait se produit [illegible] que la prestation fournie est une prestation de main-d'œuvre, [illegible] une politique de "désintégration" de l'entreprise, qui se réalise au moment où l'entreprise est conçue comme étant [illegible] institutionnel de la protection sociale. La détermination de cette [illegible] contractuelle et dans l'application du droit du travail dépendent donc dans une large mesure de la volonté de l'employeur. Cette situation fait ressortir les contradictions existant entre les intérêts des travailleurs, et

---

[illegible]

Le problème est bien entendu différent lorsque la fraude est commise à l'intérieur d'un groupe de sociétés. Il se pose en matière de groupes de sociétés [1].

En droit du travail la notion de groupe a finalement une utilité assez réduite dans le droit positif [2]. Elle n'est utilisable que lorsque la dissociation juridique est fictive [3]. Il n'est dans toute plus nécessai-

---

(1) Sur cette question cf. M. Despax, Groupes de sociétés et contrat de travail Droit social 1961, 560. M. Despax, Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel J.C.P. 1972, I, 2464. B. Oppetit, Groupes de sociétés et droit du travail Rev. soc. 1973, 609. On peut noter à cet égard qu'il est difficile de faire de l'entreprise la source et le domaine essentiel du droit "économique". En particulier dans le domaine des groupes de sociétés la notion d'entreprise n'apporte aucun élément réellement utilisable. Les groupes ont souvent une structure très diversifiée tant l'espace et dans leurs objectifs, or la notion économique d'entreprise est fondée en grande partie sur une unité patrimoniale "valeur d'usage" une entreprise un groupe recouvrirait plusieurs sociétés autonomes pouvant à une incohérence. Voir sur la critique de cette thèse J. Hamel, Les groupements et organismes dans la communauté juridique in droit commercial français et travaux de l'association H. Capitant, journées italiennes t. VIII Dalloz 1974 p. 113 et ss, et particulièrement p. 159 et ss ; J. Farjat, Droit économique Thémis 1970 p. 96.
Tout l'apport de la notion se réduit en définitive à déjouer certaines fraudes (Cf sur l'application de la législation économique Cass. Crim. 11 décembre 1968 Bull. n° 340, J.C.P. 1969, II, 15965, D. 1969, 287, R.T.D. Com. 1969, 849 obs. Houin, et T.G.I. Paris 21 décembre 1971, D. 1973 som. 18, R.T.D. Com. 1973, 651 obs. Houin.

(2) Voir M. Despax art. précité, J. Oppetit, art. précité. J. Vacarie, Groupes de sociétés et relations individuelles de travail, Droit social 1975, 13.

(3) Voir cependant Trib. I° instance Metz 3.3.1974, J.C.P. 1974, II, 17704 n. Y. Guyon, qui admet qu'un salarié engagé par la S.C.I. peut être licencié par une société membre de la S.C.I. en raison des liens économiques et financiers existant entre ces différentes personnes morales. Il faut relever que l'employeur de droit n'était pas une société, mais la S.C.I. elle-même est par nature une structure juridique d'appoint, conçue par le législateur pour servir de support à une opération de son entreprise. Probablement le groupe, la S.C.I. n'a qu'une autonomie relative. Dépendant des finalités qu'elle poursuivent et du fonctionnement, et on ne voit pas pourquoi on ne rejetterait pas la thèse du droit du travail suivie par l'arrêt Metz, selon laquelle la notion de groupe doit permettre de [illegible].

re de relever une fraude à la loi, mais il faut pour le moins constater un détournement de finalité des règles utilisées. Le concept de groupe intervient lorsque les techniques sociétaires n'ont plus pour but de constituer des unités patrimoniales, mais sont utilisées exclusivement comme des méthodes de gestion. Mais dès lors que les sociétés de groupe ont une activité autonome, la jurisprudence se résoud à la non application du droit du travail.

235. Les sociétés de service ne sont que très exceptionnellement fictives, car l'autonomie patrimoniale réelle correspond à un impératif de gestion : la nécessité de rationaliser et de spécialiser les unités patrimoniales. Il sera alors très difficile pour ne pas dire impossible d'utiliser les solutions dégagées dans le cas des groupes de sociétés. Ces solutions ne seront applicables que si la société de services n'est en réalité qu'un service technique d'une société ou d'un groupe, situation en définitive peu fréquente.

En outre, il sera souvent très difficile de déceler de tels liens qui ne sont pas nécessairement institutionnalisés, et qui peuvent resulter de l'absence de diversification dans la clientèle du prestataire de services. La concentration ne se traduit par aucune forme juridique particulière, et seule la répétition des contrats permet de la déceler.

236. La diversité des méthodes et des formes de concentration des entreprises de services résulte de la très grande variété des causes de groupement.

Dans certains cas une societé bénéficiant d'un acquis technologique important, afin de le rentabiliser au maximum, créera une société de services filiale, qui fournira ses services à d'autres entreprises. Ce phénomène est assez fréquent en matière d'ingénierie, où de grandes entreprises industrielles (Renault par exemple) ont créé des sociétés d'ingénierie (1). Dans d'autres cas, la fourniture de services complexes sera un moyen direct

---

(1) P. Gonod, D. Germinis, CA Michalet, J. Perrin, Transferts technologiques dans l'économie mondiale, Le progrès scientifique n° 174, Janvier février 1975 p. 26 et ss, et notamment p. [illegible].

de domination d'autres entreprises qui n'ont pas les moyens d'acquérir et de mettre en oeuvre cet acquis technologique. Le franchising fournit un exemple particulièrement net d'une telle utilisation des services à fin de concentration. Dans d'autres cas encore, [illegible] sociétés, afin de rentabiliser des services internes utilisés partiellement, décident de les mettre en commun afin d'améliorer leur rentabilité, et de bénéficier de leurs perfectionnements mutuels. Cette mise en commun des services est parfois une étape dans une opération de concentration plus développée (1). De telles opérations sont nécessaires pour permettre aux entreprises et notamment aux P.M.E. de s'adapter aux techniques modernes de recherche, de fabrication et de gestion (2).

Les services se révèlent donc être, en définitive, un facteur de spécialisation et un facteur de concentration. Ces deux fonctions seront successivement étudiées dans ce chapitre.

---

(1) Voir [illegible] services communs d'entreprises [illegible] Travaux de la Faculté de droit de Montpellier [illegible] [illegible] La filiale commune, thèse Paris II [illegible]

(2) [illegible] d'entreprises, op. cit. [illegible]

SECTION I - LES SERVICES FACTEURS DE SPECIALISATION

236. L'utilisateur veut diminuer ses frais fixes et améliorer la rentabilité de son entreprise, en ayant recours à une société de services. Il faut que le surcroît de dépenses qui va découler du recours à un tiers, soit compensé par la qualité et la souplesse de la prestation fournie.

L'entreprise de services doit pouvoir proposer des prestations élaborées techniquement et adaptées à leur clientèle. Elles doivent répondre à deux besoins : améliorer la rentabilité des investissements de l'utilisateur et/ou alléger ses charges de gestion. Ces deux besoins peuvent être totalement séparés.

Le recours à une société d'ingénierie par exemple libère l'utilisateur de problèmes de gestion. Inversement, le recours à une société de personnel peut épargner au client certains investissements.

Il n'en demeure pas moins que dans les deux cas, la cause de l'intervention du prestataire repond à des motifs profondément différents. Dans le premier cas l'utilisateur veut bénéficier d'une technologie pointue, dans les meilleures conditions d'utilisation. Dans le deuxième cas, il veut se décharger de problèmes de gestion qui entravent son activité principale.

Sous-Section I - Services et investissements

237. Le développement technologique a eu de profondes répercussions non seulement économiques, mais aussi juridiques. La mise au point de procédés nouveaux, l'installation de matériels complexes entraînent de considérables [illegible]

vestissements matériels (1). Dans un équipement informatique par exemple l'achat du matériel ne constitue qu'une phase d'un processus beaucoup plus complexe (2). Une réflexion générale sur la place du matériel dans l'entreprise, pouvant parfois aboutir à une réorganisation complète, s'avère toujours nécessaire. Les dépenses de "matière grise" deviennent donc prépondérantes et sont la condition essentielle du succès de l'opération. Pour certaines entreprises 'l'intelligence' constitue à la fois le moyen de production essentiel et le produit vendu.

238. Pour l'investisseur, les problèmes continuent après l'acquisition de ces matériels. Non seulement leur coût croît rapidement avec leur complexité

---

(1) Cette notion d'investissements intellectuels a fait l'objet d'une définition juridique. Dans une circulaire du 24 mars 1967 (J.O. nº 74 du 29 mars 1967 B.O.C.D. nº 14 du 12 avril 1967) relative aux sociétés conventionnées, l'administration a défini ce qu'il fallait entendre par investissements intellectuels. La circulaire les énumère : 1) Les dépenses de constitution de la société, ainsi que les frais d'acquisition des immeubles ; 2) Les dépenses de prospection des marchés français et étrangers ; 3) Les frais des études destinées à améliorer les produits ; 4) Les dépenses destinées à améliorer les méthodes de gestion des entreprises associées. Ils ont entre eux un point commun : ils n'exigent aucune immobilisation matérielle.

(2) L'étendue des prestations intellectuelles peut être très variable selon les hypothèses. Entre la prestation d'ingénierie assurée par le vendeur ou par un tiers et le simple conseil sur les conditions de fonctionnement de l'appareil, il y a place pour une gamme d'obligations très diverses. Il faut simplement rappeler ici que tout distributeur professionnel – qu'il soit vendeur ou loueur – est tenu d'une obligation de renseignement sur la nature et les conditions de fonctionnement du bien distribué, et d'une obligation de prévision sur l'adaptation du bien à sa fonction (Cf supra nº 146 et ss et [illegible], Les contrats de distribution de biens techniques op. précité p. [illegible] et ss et p. [illegible] et ss). Ces questions déjà évoquées ne seront plus étudiées. Il ne sera question dans le paragraphe qui va suivre que des opérations de conception, [illegible]

mais leur "durabilité" diminue rapidement (1 : ils sont fragiles et rapidement démodés. Ces biens nécessitent une maintenance permanente, qui fait partie intégrante de leur coût de fonctionnement (2). Ces services deviennent un élément inhérent à l'opération de distribution. De nouvelles formes de distribution sont nées de ces problèmes techniques. Le "renting" est un des procédés fréquemment utilisé dans la pratique (3).

Ces deux aspects - investissement intellectuel et investissement matériel - seront successivement étudiés dans les deux paragraphes suivants.

---

(1) Le cas des ordinateurs est typique. Le coût d'un petit ordinateur varie de 15 000 à 20 000 francs par mois. Le coût d'un ordinateur géant est de 400 000 à 500 000 francs par mois. Ce coût ne comprend que les dépenses de hardware, soit moins de 40 % des dépenses totales (Le Monde 18 septembre 1973). En outre ces matériels ont connu des progrès fulgurants entre la première génération lancée dans les années 1950 et la troisième actuellement en service, moins de 20 ans plus tard (Cf J.J. Servan - Schreiber, Le défi américain op. cité p. 109 et ss et p. 180 et ss). Le domaine des transports aériens offre aussi un bon exemple de ces problèmes et tout particulièrement la controverse sur l'avion "Concorde" (Cf J.J. Servan-Schreiber Le défi américain précité p. 156 et ss).

(2) Ces services peuvent être considérés comme des services de fonctionnement et non d'investissement. Cependant les opérations de maintenance sont trop liées à l'investissement principal pour être étudiées en dehors de ce dernier. En outre, la décision d'investissement nécessite des investissements intellectuels préalables. Ces trois phases sont étroitement liées. C'est pourquoi le contrat de renting sera étudié dans cette sous-section.

(3) Le renting n'est pas la seule forme juridique utilisée. Il est souvent pratiqué sur des matériels d'occasion, ou pour des durées assez courtes. Il témoigne en fait d'une grande souplesse d'utilisation et décharge le locataire de tout souci de gestion. Ce dernier aspect le distingue très nettement du crédit bail, qui ne sera pas étudié ici car il est essentiellement une technique de financement excluant d'autres services. (Cf C. Gavalda, Le crédit bail ou leasing immobilier. Jurisclasseur commercial Annexes. Banque. Fascicule 58 C).
La vente, technique courante, permet aussi de résoudre ces différents problèmes, tout en laissant peser sur l'utilisateur les risques d'obsolescence. Mais cette technique a été étudiée dans le cadre des services aux particuliers. Il n'en sera plus question mais ne craignez rien.

- Les dépenses et les investissements intellectuels

)), L'importance de l'innovation technologique dans le développement économique n'est guère contestée ; elle apparaît d'autant plus indispensable que les besoins de prise économique augmentent [ ]. L'innovation nouvelle la mise en place et le développement d'une politique de la recherche scientifique - fondamentale et appliquée - aussi bien par l'Etat - que par les entreprises et [ ]. Mais dans la perspective du système industriel, il ne suffit pas de produire de nouvelles connaissances. Il faut qu'elles deviennent un facteur de productivité et un moyen de modernisation et de croissance de l'appareil industriel et commercial. Le pôle est investi à l'ingénierie qui est en quelque sorte le complément et le prolongement de la recherche [ ].

.., La recherche scientifique [ ]

.1), Dans ce domaine la collaboration entre l'Etat et les entreprises privées a [illegible] développement. L'interventionnisme étatique si souvent dénoncé est ici [illegible] [ ].

[illegible] J.F. J. Bastareds, Favoriser l'innovation pour conjurer la crise. Le Monde [illegible] février 1974. Voir aussi D. Verguese, Le budget de la recherche augmente de [illegible] aux Etats-Unis. Le Monde 7 février 1974 : 10 milliards de [illegible] seront consacrés en 1975 au problème de l'énergie, F. Fanel, Inventions, innovations et brevets en France, Hélanges Bastian,II, [illegible] techniques 1974, p. [illegible] et ss.

[illegible] par exemple la création le Société financière d'innovation par la [illegible] 11 juillet 1972 J.O. du 13 juillet et le décret 73-1211 [illegible] 1974 J.O. du 1 février .

[illegible] Le comité du VIe plan (1971-1975), Notre Référence à [illegible] [illegible] 1971 p. 21 et 13, et particulièrement annexe p. 2a, [illegible] du VIe plan (1971-1975) p. 75, Jouet Informatique p. 11 de [illegible] [illegible] pour encourager également l'ouverture collective publique aux [illegible] privés et aux différentes de l'Université le siège en [illegible] .

[illegible] Politiques de la recherche scientifique ; Aide à, Mercatal et [illegible] Aide, Les contrats de coopération inter-entreprises ; et, F. Lefèvre [illegible] 1970 et le p. 128 et s. J. Ph. Lepêtre, De la recherche et de la [illegible] dans le marché commun, Mélanges Bastian,II, Librairies [illegible] 1974, p. [illegible] et s ; Y. Kerdel, Les contrats de recherche [illegible] février 1974.

[illegible] [illegible] par l'Etat, du volume de l'effort [illegible] [illegible] 1974. L'[illegible]

La recherche de pointe nécessite en effet des investissements très lourds en vue de résultats aléatoires. L'Etat est donc nécessairement le garant de la recherche et du développement (1). Il n'existe pas de grand programme scientifique et technologique qui ne soit sous le contrôle d'organismes publics (2). Dans certains cas l'Etat assume lui-même d'importants programmes de recherche, par le biais de différents établissements publics. Cette situation se retrouve fréquemment dans le domaine de la recherche fondamentale, dont la rentabilité est trop aléatoire pour être menée par des entreprises privées (3).

Dans d'autres hypothèses, l'Etat contracte avec des laboratoires privés, et leur commande des recherches précises. Les marchés publics peuvent ainsi constituer un mode de financement de recherches appliquées (4).

Ces deux aspects de la recherche scientifique ne seront pas étudiés ici : le premier fait partie du fonctionnement classique des services publics administratifs (5) et déborde du domaine de cette étude. Le second

---

(1) J. K. Galbraith, Le nouvel état industriel, op. cité p. 313 et ss.

(2) Voir par exemple le rôle joué par la N.A.S.A. dans les années 1960-1970; F. Lambert, L'innovation, facteur d'expansion internationale de l'entreprise. Mémoire de D.E.S. Paris I 1972 p. 5 et ss.

(3) J. K. Galbraith, op. cité p. 313 et ss. Rapports comités du VIe plan. Comité recherche I précité p. 23 et ss. L. Favoreu , Un contrat administratif de type nouveau, les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.N. Act jur. 1965 p. 443 et ss.

(4) J. K. Galbraith, op. cité p. 313 et ss. Rapports comité du VIe plan. Comité recherche I précité p. 35 et ss ; F. Eurelin, Les marchés d'études et de recherches passés par les administrations publiques (Aspects juridiques de la recherche scientifique, Op. cité ; J.L. Renard, Les contrats de recherche (Aspects juridiques de la recherche scientifique précité p. 29 et ss.

(5) La collaboration des organismes publics de recherches avec les entreprises privées, posent souvent des problèmes délicats, au regard du droit administratif (cf commissions du VIe plan, Comité Recherche I précité p. 122 et ss. . L. Favoreu art. précité p. 447. A. Drago, Durand, Les établissements de l'administration, Un traité de droit des établissements publics p. 257 et s., Avis du Conseil d'Etat sur les Comptes rapport [illegible], p. 47, et le Rapport d'Activité du Conseil d'Etat pour l'année 1971 p. [illegible] publics 1971 p. [illegible]).

met en cause la politique de l'État à l'égard de l'industrie privée, et rentre dans le cadre de la IIe partie de ce travail.(1).

241. Une entreprise privée désireuse d'engager des recherches peut suivre deux voies, non exclusives l'une de l'autre. Elle peut créer son propre service de recherche, composé de salariés. Il n'y a pas alors de contrat de service mais des contrats de travail (2).

---

(1) V. infra nº 347 et ss, et nº 871 et ss.

(2) Il n'est cependant pas inutile de relever un problème délicat, celui du sort des inventions d'employés (sur ces inventions voir Durand et Vitu, Droit du travail t. II nº 391 et ss. P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle t. II nº 164 et ss ; P. Roubier, Droit social 1945 p. 356 et ss et 391 et ss, 1959 p. 341 ; P. Chauveau, Mélanges Plaisant p. 33 M. Papier Jamouille, Rev. du travail nov. 1963 p. I et ss ; J.M. Mousseron R.T.D. Com. 1965.547, rapport de J. Azéma in La copropriété des brevets (colloque de Lyon) Librairies techniques 1973 Coll.C.E.I.P.I.p. 40 et ss. Voir aussi l'intéressante proposition de loi déposée par le sénateur A. Armengaud sous le nº 73 256).
La loi du 3 janvier 1968 sur les brevets d'invention est muette sur cette question. La jurisprudence distingue trois catégories d'inventions : les inventions personnelles, réalisées en dehors de l'exécution du contrat de travail sont la propriété de l'employé. Les inventions faites à l'occasion du contrat de travail sont la copropriété des employés et de l'employeur. Les inventions de services faites en exécution du contrat de travail sont la propriété exclusive de l'employeur. Cette solution est généralement expliquée par la nature même du contrat de travail. Par essence le résultat de l'activité salariée bénéficierait à l'employeur (voir par exemple M. Papier Jamouille art. précité). Cette analyse n'emporte pas la conviction. Il est vrai que le travail d'un salarié incorporé dans un bien matériel est "approprié" par l'employeur, mais cette solution n'est pas justifiée par la nature du louage de services, mais est la conséquence de notre conception de la propriété qui attire tout ce qui s'incorpore à la chose (Cf art. 556 du Code civil). Cette règle est propre aux choses et rien ne justifie à priori son extension aux biens incorporels. En vertu du contrat de travail, le travailleur doit permettre à l'employeur de jouir des inventions qu'il a réalisées mais il n'y a aucune raison d'admettre qu'il perd tout droit sur cette invention. Une appropriation exclusive du travail salarié par l'employeur est sans doute possible, mais elle ne peut, à notre avis, résulter que d'une clause expresse du contrat de travail.

L'entreprise peut aussi faire exécuter des recherches par un tiers au lieu de créer un département interne. Ces contrats de recherche présentent des traits caractéristiques soulevant des difficultés importantes à propos du sort des résultats.

I - Les contrats de recherches

242. Leur diversité est très grande même si l'on n'envisage que les contrats passés entre personnes privées. Cette diversité tient aux donneurs de recherches qui peuvent être aussi bien des petites ou moyennes entreprises incapables d'entretenir un service permanent, que des sociétés importantes qui ne veulent pas procéder à des investissements matériels et humains durables sans garantie de leur rentabilité (1).

Cette diversité tient aussi aux preneurs de recherche, qui sont soit des chercheurs isolés - souvent universitaires -, soit une société de recherche spécialisée, soit enfin le département recherches d'une entreprise industrielle. Dans cette dernière hypothèse, l'objet de la recherche est généralement une recherche appliquée, entraînant une collaboration très étroite des parties.

Lorsque la recherche est confiée à un chercheur individuel ou à une société de recherches, le preneur assure généralement toute la conduite de l'opération sans intervention du donneur. Au contraire les contrats passés avec une entreprise industrielle prévoient souvent une véritable recherche commune, qui peut même aboutir à la constitution d'un groupement de recherches en commun (2). Il s'agit alors d'un procédé de concentration souple et limité dont l'étude sera effectuée plus loin (3). Malgré leur diversité les

---

(1) P. Demaret, Analyse de quelques contrats de recherches in Aspects juridiques de la recherche scientifique précité p. [illegible] et ss.

(2) R. Houin, Les groupements de recherches en commun in Aspects juridiques de la recherche scientifique précité p. [illegible] et ss. [illegible], Les contrats de coopération inter-entreprises p. [illegible] et ss.

(3) Voir infra nº [illegible] et ss et nº [illegible] et ss.

Une durée et un prix maximum sont prévus afin de limiter la [illegible] de l'opération en cas d'insuffisance des résultats. Le contrat est généralement fractionné en plusieurs périodes, à la fin de chaque étape la communication des résultats obtenus est prévue, et les parties décident alors, d'un commun accord, de poursuivre, de cesser ou de réorienter les travaux (1).

244. Cette pratique donne au contrat de recherche une physionomie originale. Il est l'objet d'une négociation permanente, qui commence bien avant sa signature, dans le cadre des préétudes, et qui continue tout au long de son exécution. Il serait presque possible de qualifier ce type de convention de contrat à formation et à exécution successive.

Ce système présente cependant des inconvénients. Le donneur de recherches peut vouloir utiliser les connaissances partielles qu'il a obtenues et rompre le contrat. La protection du preneur ne peut être assurée que par la réservation des droits de propriété industrielle jusqu'à la fin de l'étude (2).

Le prix prévu est rarement forfaitaire. Il est calculé sur la base du coût du personnel de recherches assorti d'un coefficient tenant compte des dépenses normales de recherches (personnel subalterne, dépenses de fonctionnement du laboratoire, amortissement du matériel, frais généraux). Certaines dépenses aléatoires font l'objet d'accords particuliers et sont facturées en sus (achats d'équipements, essais non prévus, etc.). De telles bases de calcul permettent de comprendre l'importance d'une comptabilité analytique précise, afin de déterminer avec précision le coût de ces différents éléments (3).

---

(1) Cl. Lévard, Les contrats de recherche, art. précité, p. 19 et ss.
(2) Voir infra n° [illegible].
(3) [illegible]

245. Les contrats cherchent aussi à préciser l'objet de la recherche (1). Le chercheur doit souvent mettre en oeuvre certains moyens déterminés, à défaut de quoi l'autre partie peut résilier la convention. En outre, lorsque le contrat est conclu avec une entreprise industrielle, les obligations des parties peuvent être sensiblement modifiées. En effet le preneur espère voir son étude déboucher sur la conclusion d'un marché de fournitures. Le préjudice causé par l'interruption du contrat peut alors être évalué avec une relative précision, et une clause pénale est alors possible et légitime (2). Mais ces différences sont moins sensibles que celles affectant le sort des résultats.

II) Le sort des résultats

246. Pratiquement les problèmes ne se posent que lorsque les résultats peuvent aboutir à utilisation industrielle. Pendant le déroulement des différentes prestations, une étroite collaboration des parties était la condition fondamentale de l'exécution du contrat. Mais lorsque le résultat est enfin atteint, les intérêts des parties, jusque là convergents, deviennent dans une large mesure contradictoires.

L'intérêt financier du bénéficiaire est d'exploiter seul les résultats de la recherche. Il désire donc bénéficier d'une appropriation privative des connaissances élaborées. L'intérêt du prestataire est de conserver des droits sur son travail (3).

---

1) De telles précisions sont souvent impossibles : dans le cas d'un chercheur individuel, les seules précisions possibles sont celles concernant la personne même du chercheur : condition d'une éventuelle sous-traitance, ou d'adjonction de collaborateurs. Voir Y.Reboul, thèse précitée n° [illegible] et ss.

2) P. Demaret, Analyse de quelques contrats de recherches art. précité p. [illegible].

3) Ce conflit est comparable, mutatis mutandis, au conflit qui oppose dans la production cinématographique, le producteur ou réalisateur. La situation de l'inventeur est même moins favorable que celle de l'auteur qui bénéficie d'un droit moral sur son oeuvre. Il est vrai que cette protection est très limitée car le droit de l'auteur ne porte en pratique que sur le film, oeuvre d'art et non sur le film "marchandise" (voir sur ces points les analyses [illegible] sur son [illegible] de [illegible], Le droit [illegible] [illegible] p. [illegible] et ss.).

247. Dans tous les cas le client a bien évidemment le droit de recevoir communication des connaissances obtenues. De même il a le droit d'utiliser ces connaissances. Ces deux possibilités correspondent à l'objet même du contrat. Mais il est plus délicat de savoir si cette faculté d'utilisation doit être ou non exclusive. La réponse est sensiblement différente selon que le résultat de la recherche est, ou non, brevetable.

a. Les inventions brevetables

248. Si la recherche peut aboutir à une invention brevetable, le contrat prévoit, le plus souvent, les conditions de cette brevetabilité. La disposition contractuelle la plus fréquente prévoit l'appropriation de la recherche par le bénéficiaire. Cette solution cependant, peut présenter certaines difficultés au cours de la recherche et à la fin des travaux.

1. Pendant les travaux

249. L'inventeur qui communique les résultats partiels risque de voir son partenaire les faire breveter, et résilier le contrat. Le développement ultérieur de ses recherches peut ainsi être bloqué. Le chercheur, dans ces conditions, a intérêt à faire breveter pour son propre compte les résultats partiels et à en concéder une licence exclusive au bénéficiaire, ou à ne lui céder ses droits qu'à la fin des travaux (1). De son côté, le client cherche souvent à se garantir contre les risques de brevets antérieurs (2). La protection respective des parties peut donc susciter quelques difficultés au cours des travaux. Les problèmes les plus délicats surgissent cependant à la fin des travaux.

---

1) P. Demaret, art. précité p. 9.
2) P. Bertrand, propriété industrielle et recherche sous contrats in Aspects juridiques de la recherche scientifique, précité.

2. A la fin des travaux

250. Lorsque le chercheur est une personne physique, les contrats prévoient toujours qu'il renonce à tout droit sur les brevets (1). Cette solution ne pose pas de problème (2). Le chercheur n'a aucune intention d'exploitation et la publicité du brevet lui permet l'utilisation de ses connaissances dès lors qu'elles n'aboutissent pas à une contrefaçon. Le seul problème réel est celui de l'équilibre financier du contrat.

251. La situation est différente lorsque le chercheur est une entreprise, qui a intérêt à exploiter son invention. Les contrats réservent généralement cette possibilité à l'inventeur dans certaines limites. Les droits du bénéficiaire de la recherche sont strictement définis pour les mêmes raisons. Il ne peut prendre de brevets pour des inventions non prévues au contrat, et il ne peut librement concéder des licences à des tiers, afin qu'ils ne bénéficient pas à bon compte de résultats non totalement amortis (3). De même le chercheur conserve le droit de faire breveter les inventions n'intéressant pas le client (4). Le droit des brevets permet donc de résoudre les difficultés inhérentes à la répartition des résultats. Mais de nombreux travaux scientifiques ne sont pas brevetables.

---

(1) [illegible], art. précité.

(2) [illegible] privative des droits intellectuels par les "financiers" [illegible] significative. Le caractère intellectuel est en définitive [illegible] subordonné au caractère patrimonial. Il est remarquable de [illegible] les auteurs [illegible] l'appropriation par le financier [illegible] de propriété industrielle lorsque le financier est une entre[illegible] industrielle, [illegible] l'attitude inverse lorsque le financier est [illegible] chercheur une entreprise industrielle. Cette attitude peut [illegible] par l'Etat de brevets à lieu [illegible] d'intérêt général.

(3) [illegible], art. précité p. [illegible] et [illegible].

(4) [illegible].

b) Les inventions non brevetables

252. Il peut s'agir de découvertes scientifiques sans application industrielle immédiate, produits de la recherche fondamentale. La détention de telles connaissances est souvent un facteur d'avance technologique important. Il peut s'agir aussi d'inventions utilisables industriellement [1] mais que la loi interdit de breveter, en raison de leur caractère abstrait. L'exemple le plus important concerne les programmes d'ordinateurs [2]. Enfin il s'agira souvent de travaux importants sur le plan industriel, mais n'apportant aucune nouveauté au sens de la loi sur les brevets.

Toutes ces connaissances élaborées par le chercheur peuvent avoir une valeur considérable [3] et auront souvent nécessité des dépenses importantes. Il est légitime que le client du chercheur se protège contre la divulgation et l'exploitation de ces connaissances. Cette protection se manifeste par l'inclusion de clauses de secret et de non concurrence dont l'étude détaillée sera menée plus loin [4].

253. En pratique le donneur de recherche réussit à utiliser ces connaissances comme si elles étaient sa propriété. Mais n'étant pas protégées par un droit privatif, elles appartiennent en principe au domaine public. La non reconnaissance d'une propriété scientifique est la conséquence de la valeur universelle de connaissances qui doivent être accessibles à tous.

Il est possible de se demander dans quelle mesure la volonté

---

(1) Pour une méthode statistique voir Cass. Com. 13 février 1977 J.C.P. 74. II.17626 n. M. A. Pérot-Morel.

(2) Article 7 de la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention. Sur cette question voir La protection des résultats de la recherche colloque de Strasbourg. Coll. C.E.I.P.I. Librairies techniques 1969 et plus particulièrement l'article de J.M. Mousseron, La protection juridique des programmes d'ordinateurs p. [illegible] et ss.

(3) P. Magnin, Know how et propriété industrielle. Coll. C.E.I.P.I. Librairies techniques 1974 n° [illegible] et ss.

(4) Voir [illegible].

privée permet de limiter ou même de supprimer une telle liberté (1). Il semble notamment difficile d'interdire au chercheur de continuer à développer des connaissances qu'il a lui-même mises à jour et qui deviennent un élément de sa personnalité (2).

En effet, si le chercheur ne peut s'approprier les connaissances qu'il a révélées, il est impossible de nier tout lien entre l'invention et l'inventeur. La découverte scientifique est une partie du réel perçu par un individu donné (3). Ainsi la loi scientifique doit elle être rattachée nécessairement à une personne. Admettre dans ces conditions l'appropriation exclusive par un tiers, en privant le chercheur de tout droit, revient à trai-

---

(1) Les droits de propriété industrielle limitent les droits des chercheurs. Mais ils ne portent atteinte qu'à la liberté d'exploitation. Ils ont pour contre partie une publicité de l'invention, permettant à toute personne d'utiliser les connaissances mises en oeuvre dans le brevet. Il est seulement interdit aux tiers d'en tirer un profit économique.

(2) Ce caractère apparaît nettement dans certains cas. Il est impensable, par exemple, d'obliger le chercheur à communiquer ses connaissances. Il est étrange de voir la doctrine considérer que l'atteinte au know how d'une entreprise est une atteinte à sa vie privée (voir infra n° 460 et ss), et trouver parfaitement naturel qu'un chercheur individu puisse se voir retirer toute possibilité d'utilisation de connaissances qu'il a contribué à développer.

(3) Sur ces questions, voir par exemple G. Bachelard, La formation de l'esprit scientifique. Bibliothèque des textes philosophiques. Vrin 1967, P. Amselek, Méthode phénoménologique et théorie du droit L.G.D.J. Bibliothèque de philosophie du droit 1964 p. 77 et ss. Adde le colloque organisé par l'Institut collégial européen sur le thème science et jugement de valeur dont le compte rendu a été publié par Le Monde du 14/15 juillet 1974.

ter l'oeuvre intellectuelle comme n'importe quel autre librement cessible (1).

Cette question délicate domine en effet le droit moderne des services, en raison de la tendance à la patrimonialisation d'activités liées à la personne (2). Cette patrimonialisation est la conséquence de l'investissement de la science par l'industrie. Ce phénomène a entraîné le développement de professions dont l'objet essentiel est de réaliser la meilleure adaptation possible de ces deux domaines.

---

(1) Une telle solution qui consiste à traiter la personne comme un objet de propriété sera justifiée par beaucoup, par "l'intérêt de l'économie" ou par "l'intérêt des entreprises". Il n'est pas question de nier de telles nécessités. Mais il faut reconnaître que de telles justifications sont en définitive très imprécises. Il n'y a pas un "intérêt de l'économie" ou un "intérêt de l'entreprise" qui s'impose à tous. Les mots "économie" ou "entreprise" peuvent recouvrir des réponses très variées et souvent contradictoires. La doctrine juridique a cru en découvrant "l'économique" trouver la voie du renouveau et de la modernité. Elle n'échappe pas pour autant à son traditionnel dogmatisme. Ces mots en effet, restent trop souvent des invocations magiques qui servent non à comprendre mais à justifier des normes plus ou moins arbitraires (sur la critique de cette utilisation de la science économique, voir G. Farjat, Droit économique op. précité p. [illegible] et ss.).

(2) Voir infra n° [illegible] et ss.

254. "L'ingénierie est l'ensemble des activités essentiellement intellectuelles ayant pour objet d'optimiser l'investissement quelle que soit sa nature dans ses choix, dans ses processus techniques de réalisation et dans sa gestion" (2). L'ingénierie est en quelque sorte la science au service de la productivité. Cette définition consiste en effet à élaborer et à transmettre des connaissances techniques. Elle rentre ainsi dans la catégorie très large des contrats de conseil professionnel (3).

255. Mais son objet économique lui confère une profonde originalité.

---

1 Sur cette [illegible] essentiellement, Commission droit et vie des affaires de [illegible] droit de Liège, Les contrats d'engineering, Liège 1964 ; Actualités [illegible] droit de l'entreprise 1970, nouvelles techniques contractuelles, travaux de la faculté de droit de Montpellier, Lib. techniques 1971, p. 7 et ss ; J. Mafsud, Les contrats de prestations de services [illegible] tion, mémoire D.E.S. Montpellier 1971. M.F. Mialon, Contribution à l'étude juridique d'un contrat de conseil : le contrat de conseil en organisation d'entreprise R.T.D. Civ. 1973 p. 5 et ss ; B. Mercadal et J.L. Jamin, Les contrats de coopération inter-entreprises op. cité p. [illegible] ; J.J. Fournier, Rep. Com. Dalloz, Vº engineering. J. Vinay, La responsabilité des entreprises prestataires de conseils J.C.P. [illegible] et J.C.P. 1975.I.2750 ; Ph. Le Tourneau, observations sur le contrat d'ingénierie. Journal agréés 1975.370. Ph. Laurent, Les brouillons de technologie, Projet mars 1975 p. 293 et ss ; J. [illegible], Etude générale des conditions et des limites de la responsabilité des bureaux d'engineering J.C.P. 31 décembre 1975, 6 janvier 1976. De très nombreux articles sont parus dans les revues techniques [illegible] d'une nouvelle, ou Hommes et techniques. Des conditions générales ont été élaborées par la Chambre syndicale des sociétés d'études et de conseil Syntec. Les problèmes économiques de l'ingénierie ont été mis en évidence par le comité Ingénierie des commissions du VIe plan [illegible]. Des enquêtes statistiques sont régulièrement lancées par le service central de la statistique et des informations industrielles [illegible] Montparnasse Paris 6e et par la Délégation à l'informatique [illegible] Newton Paris 7e).

2 De [illegible] Mc Graw Hill, Ph. Lalo T. [illegible]

3 [illegible]

Les activités que l'on peut faire rentrer dans ce [illegible] sont [illegible] 1), mais elles peuvent être regroupées dans deux grandes catégories : l'ingénierie technique et l'ingénierie d'organisation 2). La première catégorie comprend toutes les entreprises d'études en matière de bâtiments, travaux publics et industries. La deuxième catégorie comprend les conseils de gestion et d'organisation, ainsi que les conseils en informatique.

256. Le premier secteur est composé d'environ 700 entreprises dont [illegible] sociétés qui emploient plus de 13 000 salariés dont près de 2 [illegible]00 ingénieurs et plus de 5 000 techniciens. Les honoraires de production s'élèvent à environ 900 millions de francs. Dans ce secteur une quinzaine d'entreprises emploient plus de 500 personnes 3).

Le second secteur est composé d'une centaine d'entreprises dont une dizaine d'entreprises individuelles qui emploient 7 000 personnes dont 3 000 ingénieurs et 1 500 techniciens. Les honoraires de production s'élèvent à près de 600 millions de francs. Une vingtaine d'entreprises emploient plus de 100 personnes.

257. Il importe de relever les différences importantes de structure de personnel entre ces deux secteurs. L'ingénierie de gestion emploie comparativement plus d'ingénieurs et de techniciens que l'ingénierie technique. Ces différences de structure tiennent sans aucun doute au caractère plus abstrait et

---

1) G. Viney, art. précité n° 3 et ss.

2) Enquête sur les sociétés d'études et de conseils menée par le service central de la statistique et des informations industrielles [illegible] 55 Bd Montparnasse Paris 6e, pour le ministère du développement industriel et scientifique [illegible] 1972. Cette enquête ne porte que sur les entreprises employant plus de 5 salariés.

3) Les honoraires de production s'entendent [illegible] taxes, honoraires [illegible] frais de [illegible], etc. [illegible]

moins industrialisé des prestations des conseils en organisation.

Dans l'ingénierie technique les prestations purement intellectuelles (conception de système, travaux à façon) ne constituent qu'une partie de l'activité des bureaux d'études. L'autre rôle essentiel de ces entreprises est de fournir des ensembles "clés en main". Cette fonction n'est assurée que par une cinquantaine d'entreprises (8,5 % environ) mais représente plus de 12 % des honoraires de production du secteur (1).

La tâche de l'ensemblier consiste à fournir un ensemble industriel prêt à fonctionner. Mais la fourniture de véritables ensembles clés en main (2) est assez rare. Le client, pour des motifs financiers et économiques veut souvent assurer une part des prestations (3).

Il n'existe pas entre ces contrats de différences de nature mais seulement des différences de degrés. L'unité de ces conventions ne tient pas seulement à leur objet et à leur finalité. Elle se traduit dans leur structure. L'ingénieur est chargé de concevoir un système d'organisation ou un système de gestion. Sa mission est complexe et doit être définie avec précision ; d'importantes négociations ont nécessairement lieu avant la signature

---

(1) Etude du S.C.S.I.I., précité p. [illegible].

(2) Les professionnels parlent parfois aussi de contrats "produits en main". Cette terminologie peut traduire des différences de degrés dans la portée de certaines obligations. Elle n'implique pas de différence de nature. C'est pourquoi ce vocabulaire ne sera pas utilisé, le terme "clé en main" semblant suffisamment clair.

(3) Les contrats "clés en main" sont surtout conclus dans des pays étrangers. L'exécution d'une partie des prestations par le client a pour objet de limiter le coût de l'opération, mais aussi de faire travailler les industries locales. Il est à remarquer cependant que le plus souvent les industries locales concernées sont uniquement des industries de main d'oeuvre. La coopération avec l'ingénieur n'oblige pas ce dernier à procéder à de véritables transferts de technologie. Ces formules restent donc très inégalitaires (voir [illegible], D. Germinis, C.A. Michalet et J. Perrin, Les transferts technologiques dans l'économie mondiale, Le progrès scientifique, n° [illegible], janvier février 1[illegible] p. [illegible] et [illegible]).

du contrat mais aussi pendant son exécution (1).

I - La négociation

258. Le coût de ces contrats est très élevé. L'échec de l'opération peut avoir de très graves conséquences. Le client peut voir ses moyens de produc-

(1) Il est vrai que ces études sont parfois standardisées et ne nécessitent guère de négociations. Tel est le cas de la fourniture des "packages", programme d'ordinateurs préétablis destinés à des utilisations multiples. Economiquement l'opération ressemble à la vente d'une chose mais cette qualification ne peut être retenue sur le plan juridique, car la vente du support matériel du programme est de peu d'intérêt, la transmission des éléments intellectuels du programme est en réalité une transmission de know-how (voir infra nº 499 et ss.). Mais il s'agit d'un know-how très standardisé qui parfois même ne nécessite pas de clause de secret, le prestataire trouvant dans le langage utilisé la possibilité d'assurer la confidentialité du programme. Cf M. Boss, Les programmes de système et la protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et techniques (coll. C.E.I.P.I. Nouvelles techniques 1969 p. 79 et ss.).
Il est important ici de relever les similitudes existant entre know-how et ingénierie. Les prestations d'ingénierie reposent toujours sur l'existence d'un know-how qui est transmis par l'ingénieur (cf C. Hansenne, Le l'engineering à la fourniture de complexes "clés sur porte" in contrats d'engineering op. cité p. 17 et ss et plus particulièrement p. 25 ; M.F. Mialon, art. précité nº 304). La distinction tient d'abord à la plus grande complexité juridique des contrats d'ingénierie qui ont un objet plus vaste que les contrats de know-how. Elle tient surtout à une différence d'optique. Dans l'étude de l'ingénierie l'accent est mis sur la fourniture de certaines prestations. Le rapport personnel de créancier à débiteur apparaît au premier plan. Dans l'étude du know-how au contraire, l'accent est mis sur la valeur patrimoniale de certaines connaissances. La recherche porte essentiellement sur les possibilités d'appropriation de ces connaissances. Cette différence d'optique explique pourquoi dans les premiers travaux sur ces questions, les auteurs voyaient dans le know-how un droit réel alors qu'ils ne voulaient pas que la prestation d'ingénierie crée une obligation de faire (cf C. Hansenne art. précité et bibliographie citée plus loin sur le know-how nº 262).
Sur le plan théorique le passage du faire à l'être (de l'obligation au bien) est extrêmement important. La notion de bien, même non consacré par la loi, apparaît lorsque la prestation d'obligation peut être établie par personne qui l'ont fait naître, vendu, loué, lorsque une certaine exclusivité interdiction.

tion paralysés pendant plusieurs mois ou même plusieurs années. Le fournisseur court le risque d'être obligé de verser de très gros dommages et intérêts qui peuvent compromettre l'équilibre de l'entreprise. Dans tous les cas un échec est lourd de conséquences pour l'image de marque de l'ingénieur. Il importe donc de prévoir tous les paramètres nécessaires à l'élaboration du projet. Dans des contrats de longue durée certains problèmes techniques ne peuvent être explicités a priori. Il importe de les résoudre au fur et à mesure de leur apparition. La négociation en conséquence ne peut s'arrêter à la signature du contrat. Elle se poursuit pendant tout le déroulement de l'opération (1).

a. Avant la signature

259. La complexité de la tâche à accomplir interdit aux parties d'arriver à un accord immédiat. Une phase d'études préalables détaillées est nécessaire. Plusieurs étapes peuvent être distinguées, allant d'une négociation informelle à la signature de promesses de contracter ou de contrats préparatoires [illegible]. Ces projets font cependant rarement l'objet d'un engagement autonome. Ils sont exécutés par le prestataire dans le cadre de son offre de contracter. Deux séries de questions peuvent se poser. D'une part la responsabilité de l'ingénieur peut être recherchée pour sa préétude ; d'autre part l'ingénieur peut reprocher à son futur client son manque de collaboration.

[illegible] La responsabilité de l'ingénieur

[illegible] le contrat a été conclu la responsabilité du bureau d'études ne sera [illegible] sur un fondement délictuel. Le client se plaindra uniquement [illegible] exécution de la convention. La qualité de la préétude n'en est [illegible] importante. Elle est une condition de la qualité des prestations

---

[illegible] contrats, Mélanges [illegible]

[illegible]

fournies. Une véritable responsabilité précontractuelle sera souvent [illegible] tionnée sous le couvert d'une responsabilité contractuelle. Le [illegible] de la responsabilité délictuelle de l'ingénieur dans la phase précontractuelle est en conséquence limité. Il concerne essentiellement une rétractation abusive de l'offre [illegible]. Cette hypothèse est en définitive assez peu réaliste. Dans la conjoncture actuelle les bureaux d'études recherchent trop les contrats pour avoir l'occasion fréquente de rompre abusivement les [illegible]

261. Durant cette période la plupart des litiges naîtront en pratique du fait du client qui bénéficie des travaux préalables de l'ingénieur sans prendre personnellement aucun engagement formel.

Le client est cependant tenu de certaines obligations. Il [illegible] tenu d'une obligation générale de collaboration ; il est aussi [illegible] certains cas par les actes de l'ingénieur.

2) La collaboration

262. Cette collaboration consiste essentiellement en une fourniture d'informations. Mais le client peut aussi être tenu de rémunérer les travaux [illegible] partenaire. Il ne doit pas non plus utiliser abusivement les renseignements dont il a eu connaissance.

Les informations

263. Pour réaliser les avants projets, le bureau d'études a besoin d'informations précises. Il doit connaître la situation du client ainsi que [illegible] contraintes qui limiteront sa liberté d'action : contraintes [illegible], financières, techniques, humaines, etc... Le client doit fournir ces [illegible]. Son silence même en l'absence de questions expresses peut être [illegible], [illegible] lors qu'il avait conscience de l'importance [illegible] informations qu'il [illegible]

[illegible]

Le plus souvent, les réticences du client seront découvertes pendant l'exécution du contrat. La sanction normale sera l'annulation du contrat pour dol, que l'erreur du prestataire ait été provoquée par des manoeuvres caractérisées ou par de simples réticences (1). D'autres sanctions sont encore possibles si la gravité de l'erreur provoquée n'est pas suffisante pour justifier l'annulation du contrat. Dans ce type de convention où la bonne foi est essentielle, l'obligation de renseignement est une obligation fondamentale dont l'inexécution suffit à entraîner la responsabilité du client (2). Ce dernier ne pourra plus se plaindre, en outre, de la mauvaise exécution du contrat.

264. Lorsque le contrat n'est pas conclu une telle faute sera rarement sanctionnée, l'ingénieur n'ayant pas subi de préjudice.

Mais cette affirmation doit être nuancée. Le silence fautif du client peut justifier le remboursement des frais engagés pour les préétudes (3). Cette rémunération des préétudes peut d'ailleurs intervenir en dehors de toute faute. En outre, le client ne doit pas utiliser abusivement les informations et les conseils qui ont pu lui être donnés.

La rémunération

265. La doctrine considère souvent que l'établissement d'une offre précise et chiffrée pendant les pourparlers n'ouvre pas droit à rémunération (4), en

---

(1) J. Schmidt, art. précité n° [illegible] et ss.

(2) Sur cette obligation J. Schmidt art. précité n° [illegible] et ss. Le fondement délictuel ou contractuel de cette obligation est discuté. Il [illegible] difficile de ne voir dans l'obligation de renseignement qu'une modalité de l'obligation de garantie.

(3) Voir [illegible]

(4) Flamme, Le Paffe, Le contrat d'entreprise, [illegible] Il [illegible] pour les plans de l'architecte. Flamme, Le Paffe, [illegible]

cas de non conclusion du contrat (1). Ces solutions découlent de l'analyse traditionnelle de la formation du contrat. Pour qu'il y ait offre il est nécessaire que tous les éléments essentiels du contrat soient précisés par l'offrant (2). Mais en réalité la rédaction de cette offre suppose des pourparlers et une collaboration active des parties. Cette phase de négociation suppose déjà un accord de volonté, non sur l'objet et sur le prix, mais sur l'intérêt ou sur la nécessité de réaliser en commun un ouvrage.

Dans ce type de convention l'accord se fait, le plus souvent, sur le partenaire avant de se faire sur l'objet précis de la convention. Il est alors anormal de refuser une rémunération de l'ingénieur sur le fondement de l'inexistence de rapports contractuels (3).

266. La rédaction des premières bases de négociation (définition du problème, solution à éliminer, avant projet très sommaire) ne mérite sans doute pas le paiement d'honoraires. Mais il est naturel que l'avant projet, comprenant les éléments de la solution technique et les devis approximatifs ne soient pas effectués gratuitement (4). Ces études surtout dans les contrats clés en main, peuvent durer plusieurs mois sinon plusieurs années et atteindre des coûts très élevés. Or il semble bien que les parties répugnent à demander leur rémunération dans le cadre d'un contrat préparatoire. Elles semblent considérer ces frais inéluctables comme les éléments d'une politique commerciale dynamique (5).

---

(1) Si le contrat est conclu le problème ne se pose pas, au moins en pratique. Les frais de préétudes sont inclus dans le prix du contrat.
(2) J.L. Aubert, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat (L.G.D.J. 1970 n° [illegible] et ss.
(3) Voir sur le refus d'indemniser l'ingénieur en l'absence de clause expresse T.G.I. Lille 31 mai 1968, Tables [illegible] 1966-70 contrat d'entreprise n° [illegible].
(4) Voir C.D.V.A. Les contrats d'ingineering op. précité p. 91 et 96.
(5) Voir cependant pour une opinion contraire [illegible] précité n° [illegible]. Une évolution [illegible] d'ingénierie [illegible] est une garantie [illegible] Le [illegible] 1973.

En tout état de cause, il [illegible] que les [illegible] obligations [illegible] par la [illegible] client engagerait sa responsabilité (1), les dommages et intérêts [illegible] cette occasion constitueraient en pratique une sorte de rémunération de la peine de l'ingénieur. La liberté du client est d'autant plus dangereuse que l'ingénieur peut être amené à révéler des informations confidentielles.

Le sort des informations

267. L'étude détaillée de cette question sera conduite plus loin (1). Le sort des informations est en effet un des problèmes essentiels des contrats de know-how. Seules quelques remarques succinctes trouveront leur place ici.

Si le contrat n'est pas conclu, le partenaire de l'ingénieur peut en principe utiliser librement les connaissances qui lui ont été transmises sous réserve de sa mauvaise foi. Un accord préalable peut sans doute réglementer cette utilisation, mais ces accords sont rares, car ils font naître chez le partenaire une suspicion de mauvais augure au début de la négociation. Le prestataire n'a plus que la possibilité de manifester la plus grande prudence lors de la communication des renseignements à son partenaire. Il se heurte alors à la volonté légitime de ce dernier de connaître avec précision les conditions du contrat (2).

La collaboration étroite des partenaires est une des conditions [illegible] la formation des contrats d'ingénierie. La phase de négociation [illegible] termine pas cependant avec l'apposition des signatures des parties. Elle se prolonge pendant toute la durée de l'exécution de l'ouvrage.

---

(1) [illegible]
(1) [illegible]
(2) [illegible]

c. Pendant l'exécution du contrat

268. De nombreux événements peuvent affecter la bonne exécution du contrat. Plus l'ouvrage est complet et complexe, plus il est difficile de programmer son exécution [illegible]. Certains points restent nécessairement [illegible]. C'est pour cela [illegible] n'est jamais totalement terminée. Les parties sont donc amenées à prévoir expressément [illegible] de certains aspects de l'opération. Cette obligation contractuelle [illegible] est normalement limitée à des problèmes techniques impossibles à détailler dès la formation de la convention, et n'affectant pas sensiblement la portée des prestations des partenaires. Il n'en demeure pas moins que des problèmes délicats peuvent surgir si aucune solution n'est prévue en cas de désaccord (1).

269. Lorsque la négociation doit avoir lieu entre la signature et l'exécution de la convention, elle peut être conçue comme une condition suspensive (2), même si la négociation porte sur des points importants (3). Cette méthode impliquant la formation du contrat en deux temps peut étonner, son intérêt est d'engager fermement les parties alors même qu'elles n'ont pu déterminer la portée pratique de toutes leurs obligations.

---

(1) Même si les points [illegible] sont de peu d'importance en eux-mêmes, ils sont souvent une condition nécessaire au passage d'une phase à l'autre dans la réalisation de l'ouvrage.

(2) Lorsque la négociation porte sur un élément nécessaire à la formation du contrat il n'est plus possible de parler de condition. Le contrat n'est pas réellement formé [illegible] classiques [illegible] la formation du contrat [illegible] 1970 [illegible].

(3) Dans un contrat [illegible], les parties peuvent [illegible] normale.

Cette [illegible] clairement la progressivité de la formation des contrats d'ingénierie. La rencontre des consentements ne peut plus être présentée comme un choix de deux volontés réciproques. Elle est une approche prudente et l'accord ne se dégage que lentement. Les diverses techniques juridiques [illegible] contrats, promesses de contracter, contrats sous conditions, etc... [illegible] des cristallisations d'un phénomène continu. L'obligation de négociation va au delà de cette phase transitoire. Le mécanisme de la condition n'est plus utilisable.

270. Les parties [illegible] généralement que tout litige qui naîtra entre elles fera l'objet de [illegible] afin de trouver une solution amiable, à défaut de quoi, un [illegible] d'arbitrage pourra être saisi. Cette obligation générale de négociation [illegible] une procédure permettant de sortir des impasses d'un [illegible] persistant. Mais il est possible de se demander si cette procédure [illegible] lorsque le litige ne provient pas d'une interprétation [illegible] contrat mais d'une impossibilité à réaliser un accord sur un [illegible] jamais été inclus dans l'accord général des parties. Il semble que [illegible] soit affirmative, afin d'éviter une situation intenable, [illegible] issue consisterait en une résiliation du contrat.

Quelle que soit la solution retenue, le problème reste dans une large mesure théorique [illegible] contrats reposent en effet sur la nécessaire collaboration des [illegible] intérêts convergents. Elles n'ont aucun intérêt à [illegible] contrat. La collaboration des partenaires apparaît en définit[illegible] condition nécessaire à la réalisation de l'ouvrage.

II - [illegible]

271. La réalisation [illegible] nécessite l'exécution de certaines [illegible] [illegible] cette phase, [illegible] [illegible]

a) Les prestations de l'ingénieur

272. Le bureau d'études doit concevoir une étude des conditions et des moyens à mettre en oeuvre pour obtenir le résultat souhaité par le client, étant entendu que ce résultat peut consister en une amélioration de la gestion de l'entreprise aussi bien qu'en une amélioration de son potentiel industriel. Dans certains cas l'ingénieur assure aussi la direction des travaux nécessaires à la réalisation du projet. Il conçoit et réalise alors un ensemble industriel. Or cette notion est purement technique. Elle n'a pas de "traduction" juridique. En conséquence les parties ne peuvent se limiter à définir les normes techniques à atteindre. Elles doivent aussi déterminer les différentes obligations juridiques dont la combinaison permet la réalisation de "l'ensemble".

Avant de se préoccuper de la qualification du contrat et de la portée de ces différentes obligations, il est nécessaire de les décrire plus précisément.

1) Description des obligations de l'ingénieur

273. L'ingénieur fournit une étude, comprenant tous les éléments techniques économiques et financiers du problème posé. Il s'agit là sans aucun doute d'une activité de conseil. La fourniture de cette étude repose sur des connaissances préexistantes, sur un savoir faire qui fonde la réputation du bureau d'études. Le know-how est le moyen pour le prestataire de fournir le meilleur service possible. Mais il n'est pas normalement communiqué au client (2).

---

(1) Ph. Le Tourneau, art. précité p. 374 et ss.

(2) Sur l'importance de ces connaissances non communiquées et qui contribuent à accroître la dépendance technologique des clients au moins dans les pays en voie de développement v. P. Bonol, D. Germinis, C.A. Michalet, et J. Perrin, art. précité p. 30 et ss.

[illegible]

Dans de nombreux cas, les brevets et les procédés de fabrication, [illegible] par l'ingénieur [illegible] l'aliénation pour le client. Les différentes phases de transmission du savoir faire peuvent intéresser des questions délicates quant à la responsabilité des différents intervenants... Elles restent cependant toutes dans un cadre juridique connu, celui des contrats de communication de know-how [2].

Le rôle de l'ingénieur peut se limiter à la fourniture de [illegible] lorsque l'ingénieur fournit des travaux à façon [illegible] lorsqu'il fournit des prestations non standardisées [illegible] d'ingénierie, dont il est rare que des connaissances [illegible] puissent être utilisées telles quelles par le client, il [illegible].

278. Les bureaux d'études sont ainsi normalement amenés à intervenir dans la [illegible] de fourniture. L'ingénieur prépare les objets d'appel [illegible] examine les propositions des fournisseurs. Plus généralement, il [illegible] la conformité du contrat passé par le client [illegible],

---

[illegible] [1] Voir [illegible] Paris, L. Dumaine, J.-A. Mondelet, G. Perrin, avr. pré-

[illegible]

Pendant l'exécution des travaux, le bureau d'études assure une mission de surveillance et de coordination. A la fin des travaux il assiste souvent à la réception et contrôle les essais de capacité. Il procède enfin à la formation du personnel du client (1). Ces diverses prestations ne sont que le moyen de réaliser la prestation principale : la fourniture de l'étude.

276. L'ingénieur, dans certains cas, assume un service plus complet. Il fournit un ensemble "clés en main" (2). Ces prestations sont du domaine

---

1) Cet aspect peut prendre une grande importance. La phase de formation du personnel et l'assistance technique peuvent durer de nombreuses années, et enlever en pratique au client tout pouvoir de décision. Il en est notamment ainsi lorsque l'ingénieur assure après la construction d'un ensemble industriel, la direction de la société jusqu'à la formation de cadres nationaux et que les organes de gestion s'engagent à ne pas s'opposer aux décisions de l'ingénieur (sur ces contrats de direction v. Ph. Merle, Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme D. 1975 ch. 245 - Sur une analyse critique de ces nouveaux termes de l'échange dans les rapports entre pays industrialisés et pays en voie de développement Ph. Laurent, Les transferts de technologie, art. précité.

2) Sur l'étude détaillée de ces prestations Cf Commission droit et vie des Affaires, Les contrats d'engineering précité, et particulièrement l'étude de J. Hansenne : De l'engineering à la fourniture de complexes clés sur porte p. 22 et ss. et p. 33 et ss, et celle de R. Dalette, A. Hubert et P. Pelt, Les contrats de consulting engineering p. 47 et ss. Voir aussi actualités de droit de l'entreprise, Montpellier 1970 op. précité p. 41 et ss. B. Mercadal, P. Janin, Les contrats de coopération inter-entreprises, précité n° 981 et ss.

3) Cf J. Hansenne, De l engineering à la fourniture de complexes "clés sur porte" in Contrats d'engineering précité p. 49 et ss. M. Goblin, Fourniture et montage à l'étranger de matériels d'équipements Dalloz p. 11 et ss. E. Charrin, Etude de cas, in actualités de droit de l'entreprise, Montpellier 1970 précité p. 107 et ss. B. Mercadal, P. Janin, Les contrats de coopération interentreprises op. précité n° 981.

exclusif de l'ingénierie technique (1). Le bureau d'études assure non seulement la conception mais aussi la réalisation de l'ensemble industriel. Ces contrats sont souvent pratiqués à l'exportation (2) auprès de clients qui veulent disposer rapidement de moyens de production modernes mais déjà éprouvés. Ces contrats internationaux sont relativement peu soumis aux contraintes des droits internes (3) même si un rattachement à une loi nationale est en définitive nécessaire (4).

Les prestations de l'ingénieur peuvent varier sensiblement d'un contrat à l'autre, et d'un pays à l'autre. Il n'en demeure pas moins que les tâches de conception restent essentielles. En outre, le bureau d'études assure la responsabilité de la construction et de l'équipement de l'ouvrage. Il fournit les matériels nécessaires et, s'il n'en assure pas nécessairement le montage, il le dirige toujours. En outre, dans un véritable contrat "clés en main", l'ingénieur effectue aussi les travaux de génie civil. Mais de tels contrats sont assez rares. Les clients, pour limiter le coût de l'opération et pour donner du travail à leurs industries locales, désirent effectuer une part du marché, et notamment réaliser les travaux de génie civil ainsi qu'assurer le montage. Mais l'ingénieur conserve tou-

---

(1) La fourniture de matériels peut cependant être assurée dans l'ingénierie de gestion. Mais ces fournitures - ventes ou locations - ont lieu dans le cadre de contrats passés avec des constructeurs et non avec des bureaux d'études. La prestation d'ingénierie souvent nécessaire, est un accessoire du contrat de distribution du bien.

(2) L'importance de ces exportations doit être soulignée. L'exportation d'ensembles "clés en main", ou de pseudo clés en main a atteint en 1974 61 milliards de francs (chiffre cité par le Président de la République dans son allocution télévisée du 23 janvier 1975. Cf. Le Monde du 25 janvier 1975).

(3) Sur cette question voir Ph. Kahn, La vente commerciale internationale Sirey 1961. B. Goldman, Lex mercatoria et frontières du Droit, archives de philosophie du Droit 1964.177.

(4) H. Batiffol, P. Lagarde, Traité de droit international privé L.G.D.J. 6e éd. T. 2 n° 567 et ss.

jours la direction de ces travaux (1). Il s'engage enfin à assurer le service après vente de l'installation en fournissant pendant une certaine période les conseils d'entretien, les réparations nécessaires. La diversité des services fournis conduit à s'interroger nécessairement sur la qualification et la portée des obligations souscrites.

2) Qualification et portée

277. Ces contrats comprennent des prestations très variées et des formes juridiques différentes. La fourniture de biens matériels (meubles et immeubles) coexiste à côté de la fourniture de biens incorporels (brevets) ou de services intellectuels (étude) ou de matériels (le montage) (2).

Dans ces conditions il pourrait être tentant de ne voir dans le contrat d'ingénierie (3) qu'une juxtaposition de contrats divers - contrats d'entreprises, ventes, licences de brevets - sans unité. Cette solution peut sembler d'autant plus justifiée que les parties "découpent" souvent le contrat en une série de prestations distinctes. Une telle pratique a de nombreux avantages. Elle permet de mieux s'assurer du bon accomplissement des diverses phases de l'opération, et en cas de défectuosité, de mieux cerner les responsabilités. Elle permet en conséquence de mieux situer les risques financiers et donc de rassurer éventuellement les banquiers. Des raisons fiscales nécessitent aussi un tel découpage. Les pays importateurs ont parfois tendance à considérer les exportateurs d'ensembles clés en main, comme exerçant leur activité dans le pays de réalisation de l'ensemble et donc de les soumettre

---

(1) J. Hansemme, art. précité ; R. Goffin, art. précité ; H. Charrin, art. précité.

(2) Ph. Le Tourneau, art. précité.

(3) Les analyses qui suivent ont pour domaine essentiel l'ingénierie technique et plus particulièrement les contrats clés en main. Ces contrats sont en effet les plus complexes et ceux qui font appel aux techniques juridiques les plus diverses. Les problèmes qu'ils posent ne sont pas d'une nature différente de ceux posés par les autres contrats d'ingénierie, mais ils sont d'un degré de complexité plus grand. Il est donc intéressant de les prendre comme exemple dans pour cela perdre de vue la généralité des solutions proposées.

aux réglementations locales. Dans certains cas le pays importateur, [illegible] un contrat unique, fait payer les droits de douane sur l'ensemble de l'équipement et non sur les seuls matériels importés [1].

178. La diversité des obligations juridiques ne doit pas cependant faire oublier l'unité du but économique recherché. Les parties veulent la réalisation d'un ensemble industriel. Une telle notion est une notion technique ou économique, mais n'est pas un concept juridique. L'ensemble industriel ne peut être confondu avec un immeuble. La notion d'ensemble implique en effet une idée de capacité et de qualité de production tout à fait étrangère aux règles de la construction immobilière. Il est sans doute possible d'y voir un 'ouvrage' au sens du code civil, mais cette qualification n'apporte guère de précision. Les parties sont nécessairement amenées à préciser toutes les mesures à prendre pour réaliser le contrat. Les obligations juridiques ne sont qu'un moyen pour exécuter cet "ensemble" et elles doivent être interprétées à la lumière du but poursuivi.

179. La structure des contrats traduit assez clairement cette qualité. Certaines obligations imposées à l'ingénieur ne peuvent s'expliquer que par référence au but recherché. D'autres ne font que réglementer les moyens nécessaires pour atteindre ce but.

Admettre l'unité du contrat d'ingénierie ne signifie pas cependant qu'il soit nécessaire de l'exclure des catégories juridiques existantes. La qualification de cette convention ne suscite plus de difficultés sérieuses.

---

[1] [illegible], P. Janin, Les contrats de coopération inter-entreprises, [illegible] 1975, J. Hansemme, De l'engineering à la fourniture de [illegible] 'clés sur porte' précité p. 4[illegible] et ss.

Il est admis sans difficulté qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise. Mais cette qualification générale ne résoud guère les problèmes suscités par ce contrat.

280. La difficulté la plus importante est en effet, de déterminer la portée des obligations de l'ingénieur. Les qualifications juridiques traditionnelles ne les n'apportent pas de réponse suffisamment précise à cette question.

Or il ressort de l'étude des contrats, qu'à côté des règles [illegible] par les parties pour l'exécution de l'ouvrage pris dans sa totalité, des règles particulières aux différents services et biens fournis [illegible] (2).

- L'obligation d'exécuter l'ouvrage

281. Cette obligation peut avoir une portée très variable selon le type de prestations fournies. Dans les contrats d'ingénierie pure, le bureau d'étude n'assume qu'une obligation de moyens (3). Il doit mettre toutes ses capacités

---

(1) M.F. Mialon, art. précité nº 30 ; B. Mercadal, P. Janin, Les contrats de coopération inter-entreprises, précité nº 973. Ernest Tydgat et J.A. [illegible] Les contrats d'installation "clé sur porte" in contrat d'engineering, Liège 1964 précité p. 162 et ss. Cass. civ. 3e 6 janvier 1976, [illegible] IR.102. L'importance des prestations intellectuelles, y compris dans les contrats clés en main et le fait que la notion d'ensemble industriel peut être réduite à la notion d'immeuble, ont pour conséquence que la qualification de vente d'immeuble à construire ne pourra [illegible] retenue (voir cependant [illegible] R. Saint Alary in actualités de droit de l'entreprise Montpellier 1970 précité p. [illegible]).

(2) Cette coexistence des règles propres à la vente, au contrat d'entreprise, à la cession de droits incorporels dans un même contrat, reconnue [illegible] voulue par les parties montre le caractère artificiel de la recherche d'une qualification nouvelle unique et originale pour des contrats modernes. Le seul "intérêt" d'une telle recherche est de permettre aux contractants d'écarter des règles d'ordre public.

(3) G. Viney, art. [illegible] Le Tourneau, art. précité [illegible].

à la recherche du résultat souhaité sans pouvoir le garantir (1).

Il est exceptionnel cependant que le prestataire ne fournisse pas d'autres services. Il intervient normalement dans le choix des exécutants, dans la supervision des travaux, et dans le contrôle de la réussite de l'opération. Il garantit souvent les délais d'exécution. Cet accroissement des fonctions de l'ingénieur ne suffit cependant pas à transformer son obligation en obligation de résultat. Les causes d'insuffisance de l'ouvrage sont trop nombreuses et trop diverses : travaux mal exécutés, fournitures déficientes, procédés de base fournis par les tiers inopérants, faute du maître de l'ouvrage responsable en dernier ressort. La responsabilité de l'ingénieur pourra cependant être souvent recherchée. Non seulement il sera responsable de ses fautes de conception ou d'adaptation (en matière de procédé) mais des défauts d'exécution pourront lui être imputés dans la mesure où ils traduiront un défaut de surveillance, de coordination, une erreur dans le choix des exécutants, ou une mauvaise exécution de son obligation de renseignement et de prévision (2). En outre, s'il a accepté de garantir des délais, il sera

---

(1) R. Dolette, A. Mucert, P. Felt, Les contrats de consulting engineering in Les contrats d'engineering op. cité p. 34 et ss. J. Mifsud, op. cite p. 51 et ss, et particulièrement p. 53. M.F. Mialon, art. précité nº 49 et ss. Aude Cass. civ. 1e 21 décembre 1964 D.J.F. 1965.II.14305 ; Lyon 23 décembre 1969 J.C.P. 1970.II.16467 n. P.L. ; R.T.D. civ. 1971.170 nº 3 obs. Durry.

(2) Voir par exemple T. Com. Paris 19 avril 1971 D.S.F. 1971.II.16284 n. P.L. D. 1971.482 note D.D. Fourgoux, J.C.P. 1971.II.16831, n. J. Megret, R.T.D. Civ. 1971.870 obs. J. Ourry, R.T.D. Com. 1971.570 obs. J. Hémard. Paris 1e juillet 1972 D.S.F. 1974.II.17064 n. M.L., J.C.P. 1973.II.17408 n. J. Megret, R.T.D. Civ. 1973.138 obs. Durry, R.T.D. Com. 1973,511 obs. J. Hémard.
Il semble que les auteurs techniques attachent aux garanties plus importantes que les auteurs d'études de gestion. Dans l'ingénierie industrielle l'ingénieur assume plus facilement une obligation de résultat (J. P. Herzaal, P. Hamin, Les contrats de coopération inter entreprises procès nº 49% de phénomène tient sans doute en partie à ce qu'il [illegible] de responsabilité [illegible] ...

soumis a une véritable obligation de resultat pour les retards d'execution.

Ces diverses stipulations contractuelles aggravent donc sensiblement la responsabilité des bureaux d'études même si une faute doit encore être prouvée à son encontre.

282. Cette nécessité n'existe plus lorsque l'ingénieur fournit un ensemble clés en main. La prestation de l'ingénieur consiste dans ce dernier cas à élaborer et à construire un ensemble industriel prêt à rentrer dans sa phase de production dès la réception définitive. Pour atteindre ce but le bureau d'études doit assurer une triple garantie : capacité, délais et solidité (1). Ces trois obligations sont des obligations de résultat. Il faut que l'équipement réponde aux normes de production, de consommation et de qualité définies par la convention. Il importe peu en pratique que le client ait participé à la réalisation de l'ensemble. La garantie dûe par l'ingénieur n'est pas limitée pour autant. Il pourra tout au plus se retourner contre son client si les défauts, ou le non respect des délais proviennent du fait de ce dernier. Il devra alors prouver sa faute ce qui est souvent très difficile.

283. L'exécution de la prestation de l'ingénieur est vérifiée à chaque stade de l'élaboration de l'ouvrage au moyen d'essais de capacités et de qualités. L'insuffisance des résultats obtenus ou le retard dans l'exécution entraîne automatiquement le paiement de clauses pénales proportionnelles à la part de marché non exécuté. L'ingénieur doit aussi remédier aux défauts constatés. Mais ce mode de solution n'est prévu que dans une certaine plage d'inexécution. Lorsque l'inexécution est trop importante les clients se réservent presque toujours la possibilité de demander à un tribunal d'arbitrage, la résiliation du contrat. Les périodes de réclamations du client sont limitées contractuellement à la réception de l'ouvrage. En effet, en prouvant à ce moment-là la capacité de l'installation, l'ingénieur exécute par là-même sa prestation.

---

(1) Comp. l'importance de ces garanties dans les opérations de distribution d'ordinateurs (Cass. Com. 3 novembre 1972 (2 arrêts) G.P. [illegible]

Les défauts apparus ultérieurement devront dans toute être réparés par l'ingénieur. Mais le fondement sera différent. Il ne lui sera pas reproché de ne pas avoir exécuté un ensemble apte à satisfaire certains services. Il lui sera reproché de l'avoir mal exécuté, d'avoir imparfaitement accompli les différentes prestations mises à sa charge.

Les diverses prestations déterminées

284. Pour réaliser l'ouvrage commandé l'ingénieur est tenu à certaines obligations précises. Très souvent le contrat prévoit la cession ou la concession de droits de propriété industrielle - brevets et marques -. Ces prestations doivent être accomplies bien évidemment en conformité avec les règles sur la propriété industrielle.

285. La communication des procédés par l'ingénieur est une des prestations essentielles. Cette prestation rentre dans le cadre des contrats de know-how et sera étudiée plus loin [1]. Il faut cependant signaler ici que les parties règlent les connaissances à communiquer ainsi que les modalités de cette communication. Elles précisent aussi qui deviendra propriétaire des études et des plans. Dans le même sens les modalités du secret à conserver sur les informations échangées font l'objet de clauses détaillées.

[illegible]. La réalisation de l'ouvrage nécessite à côté de ces prestations intel[illegible], des fournitures matérielles. Il serait assez facile d'admettre [illegible] un véritable contrat clés en main, que le transfert de propriété [illegible] à lieu qu'à la réception définitive de l'ouvrage. En effet [illegible] le code civil pose à propos de la construction sur le sol [illegible] pas à s'appliquer à priori, l'ingénieur n'étant pas essentiellement un constructeur d'immeuble. Une telle solution mettrait à la charge de l'ingénieur l'obligation de transporter et d'installer le bien, et laisse-

---

[illegible]

rait à sa charge les risques de perte et de détérioration. A l'inverse il serait garanti contre les risques de faillite du client et surtout il pourrait s'opposer à l'utilisation de ces matériels par le client avant la réception définitive. Mais cette solution ne correspond pas à l'heure actuelle aux clauses utilisées. Les stipulations portant sur le matériel font toujours référence aux règles ou aux usages de la vente.

L'ingénieur tient en effet rarement à assurer la charge financière et les risques du transport et du stockage. Le transfert de propriété dès la livraison a aussi l'intérêt de limiter les cautions de somme fin[illegible] par l'ingénieur, le client disposant de garanties. Pour toutes ces raisons, le transfert de propriété et de risques matériels a lieu dès leur livraison [illegible].

187. L'ingénieur est aussi garant du son fonctionnement de ces matériels. Des clauses conventionnelles organisent souvent cette garantie. Elle est généralement limitée à un an après réception définitive des travaux. Elle consiste essentiellement en une garantie de remplacement. Au-delà de cette période, l'ingénieur s'engage à fournir un service après vente, d'entretien et de réparation des matériels, moyennant rémunération. Il s'engage souvent aussi à fournir tous les conseils d'utilisation nécessaires.

La fourniture de ce service après vente ne compense [illegible] lement la limitation apportée à la responsabilité de droit commun de l'ingénieur aussi bien dans le temps que dans son montant. Puisqu'il s'agit de [illegible] tes effectuées par des professionnels, les limitations de responsabilité n'ont cependant [illegible] une portée très limitée [illegible].

---

1. [illegible]
2. [illegible]

-86. Les bureaux d'études ne limitent pas leurs prestations à la fourniture de matériels. Ils acquièrent parfois les travaux de génie civil et deviennent constructeurs d'immeubles. Dans ces conditions l'ingénieur est soumis sans aucun doute à l'obligation de garantie décennale telle qu'elle résulte des articles 1792 et 2270 (1).

Cependant, là encore, l'ingénieur limite souvent sa garantie. Ces clauses limitatives ont d'abord pour objet de transformer l'obligation de résultat pesant sur le constructeur en obligation de moyens (2). Le problème se pose de savoir si l'article 1792 peut cependant être ainsi écarté. Bien qu'il soit généralement admis que ce texte pose une règle d'ordre public (3) la jurisprudence admet la validité de clauses limitant le quantum de responsabilité (4) et renversant en conséquence en partie la charge de la preuve. En tout état de cause, ces clauses ne sont valables que s'il n'y a pas dol ou faute lourde (5). Mais il sera difficile de prouver une telle faute si l'ingénieur témoigne d'un minimum de sérieux.

Malgré ces clauses limitatives, la responsabilité de l'ingénieur est lourde (6) ; elle l'est d'autant plus qu'il ne peut exécuter ses prestations qu'en collaborant avec le client et avec des tiers.

---

(1) G. Viney, art. précité nº 33 ; J.C. Goldsmith, art. précité.
(2) J. Carbonnier T. IV nº 78 et 79.
(3) H.L.J. Mazeaud et M. de Juglart, Tome 3, 2e vol, nº 1976.
(4) Cass. Civ. 3e 7 mai 1971 D.S. 1971,1.589 J.C.P. 1972 Som. 6.
(5) Cass. Civ. 1e 21 décembre 1964 J.C.P. 1965.II.14106 ; Aide B. Starck, Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité D. 1974 ch. 167 nº 35.
(6) Les bureaux d'études et les ensembliers peuvent cependant assurer partiellement ces risques. La police "tous risques chantiers" permet de garantir les risques inhérents à la construction et au montage d'un ouvrage immobilier. Les risques couverts sont exclusivement les dommages matériels provenant d'événements aléatoires et la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle à l'égard des tiers.
Depuis quelques années des polices "responsabilité professionnelle" pour les bureaux d'études pour les fautes professionnelles. Cette police ne garantit pas l'exécution matérielle des travaux.

b) La collaboration

289. La collaboration des parties, nécessaire pour définir le contrat, se poursuit nécessairement pour son exécution. L'ingénieur ne peut assumer seul toutes les prestations nécessaires à l'exécution de l'ouvrage. Non seulement le client effectue souvent certains travaux, notamment ceux de génie civil, mais l'ingénieur doit, en outre, faire appel à de nombreux sous traitants.

1. La collaboration entre les parties

290. La collaboration des parties à la réalisation de l'ouvrage est une nécessité impérieuse concrétisée souvent par une clause générale du contrat. Dans tous les cas le client est tenu à certaines obligations "déterminées" de collaboration. Il doit répondre aux demandes de renseignements ou aux demandes d'approbation de documents et de plans. Il doit s'occuper d'obtenir à temps les diverses autorisations administratives nécessaires. Il doit favoriser le libre accès du personnel de l'ingénieur, envoyer des informations régulières sur la situation de son entreprise. Les terrains et locaux nécessaires à la réalisation de l'installation doivent être mis à la disposition du bureau d'études, et les travaux doivent commencer dans les délais prévus.

Malgré toutes les précisions incluses dans le contrat des litiges interviennent fréquemment. Le prestataire est souvent amené à mettre en cause la coopération de son partenaire. Dans la plupart des décisions de justice intervenues à l'heure actuelle l'ingénieur justifiait l'échec de l'opération par la négligence ou la mauvaise foi du client (1). Dans presque

---

(1) Lyon 23 décembre 1969 Annales Fac. Droit Lyon 1971, [illegible] n. Frossard D. 1970 som. 227, R.T.D. Civ. 1970, [illegible] nº 5 obs. Loussouarn, R.T.D. Civ. 1971, 162 obs. Durry et 171 obs. Cornu. R.T.D. Com. 1970, [illegible] nº [illegible] obs. Hémard J.C.P. 1970, II, [illegible] n. [illegible], Journal des agréés 1970, [illegible] n. G. Le Roy ; Aix [illegible] janvier [illegible] R.T.D. Com. [illegible] nº [illegible] obs. [illegible] ; T. Com. Paris [illegible] avril 1971 [illegible] Flammarion et [illegible] appel Paris [illegible] juillet 1971 précités. T. Com. Paris [illegible] avril [illegible] en appel Paris [illegible] juin 1971 [illegible] 1972, II, [illegible] n. [illegible]

tous les cas, les tribunaux ont [illegible] au moins partiellement.

291. Le manque de collaboration de la part de la direction de l'entreprise constitue dans aucun doute une faute à la charge du client. En revanche, la solution doit être plus nuancée lorsque les réticences émanent du personnel d'exécution. La mauvaise volonté ou l'incompétence de ce personnel engage normalement la seule responsabilité du client. L'ingénieur ne se substitue pas à ce dernier et n'assume jamais qu'une direction technique sur le personnel du client. Mais ce principe disparaît lorsque cette "mauvaise" volonté était prévisible et que l'objet du contrat était justement d'y pallier. Ainsi le bureau d'études concevant une usine pour un pays en voie de développement, sans main d'œuvre qualifiée, serait mal venu de se plaindre de l'incapacité du personnel à faire fonctionner des matériels très sophistiqués. De même le conseil de gestion ne pourrait reprocher au client la grève de son personnel alors que le projet de réorganisation de l'entreprise prévoyait de très nombreux licenciements.

La collaboration avec le client est une nécessité absolue dans ce type d'activités, mais elle ne suffit pas. L'ingénieur ne peut assurer seul toutes les prestations nécessaires à la réalisation de l'ouvrage. Il doit faire appel à des sous-traitants. La tâche de l'ingénieur, outre l'exécution du projet proprement dit, consiste à coordonner les différentes activités nécessaires à la réalisation de l'ouvrage.

2. La collaboration avec les tiers

[illegible], le bureau d'études peut n'être qu'un conseiller du client se limitant à [illegible] les conditions des contrats et à surveiller leur bonne exécution, dans les contrats clés en main sa responsabilité est plus grande. Il est seul responsable des travaux et il est vis à vis du client le seul fournisseur.

Mais cette solution [illegible] les réalités des

contrats d'ingénierie. Une certaine transparence se manifeste dans les contrats de sous-traitance (1), qui font souvent référence aux clauses du contrat principal. La livraison des matériels se fait directement au client de l'installation qui se réserve souvent le droit d'effectuer des visites et des contrôles chez le sous-traitant (2).

Dans la sous-traitance de services ou de droits intellectuels, les liens entre les différents partenaires sont encore plus étroits. Le [illegible] du procédé n'accepte souvent de fournir son savoir-faire à l'ingénieur qu'en considération du client. Inversement le client ne contracte avec l'ingénieur que s'il est certain de bénéficier du procédé en question. Le bureau d'études apparaît alors dans une large mesure comme un simple intermédiaire entre le client et le titulaire des brevets et du savoir-faire.

Il est difficile dans ces conditions d'admettre que, d'une part le client est un tiers à la convention passée entre le sous-traitant et l'ingénieur, et, d'autre part que le sous-traitant est un tiers à la convention passée entre le client et l'ingénieur (3). Il est plus réaliste de voir dans l'intervention de l'ingénieur une garantie supplémentaire à la bonne exécution des prestations du "sous-traitant". En réalité, très souvent, un véritable groupe d'entreprises se constitue autour du bureau d'études (4).

---

(1) Le mot sous-traitance a ici un sens plus large que dans la loi sur la sous-traitance. Loi du 31 décembre 1975 (J.O.F. 1975, C.I. III, [illegible]). Est appelé ici sous-traitant, tout fournisseur qui livre un matériel à l'ingénieur quelle que soit la forme juridique de cette fourniture : contrat d'entreprise ou vente.

(2) Voir la responsabilité qui peut en découler à l'encontre de l'ingénieur Cass. Civ. 3e [illegible] 1975 motifs Bull. civ. III n° [illegible].

(3) La loi 75.[illegible] du [illegible] décembre 1975 (J.O.F. 75.III.[illegible]) a d'ailleurs reconnu le principe d'une action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage pour les sommes qui lui sont dûes par l'entrepreneur (art. 12 de la loi).

(4) V. [illegible] et autres, art. précité p. 31 et ss.

Une systématisation des solutions est cependant très délicate (1). Les contrats peuvent comporter des clauses très diverses et de portées très différentes.

193. Il est certain que l'osmose entre les parties est particulièrement forte dans le domaine de la fourniture des procédés, clé de voûte de ce type d'opération. Dans le domaine de la fourniture de matériels, les contrats de sous traitance sont plus classiques, même s'il est possible d'y trouver de nombreuses stipulations au profit du client. La tâche de l'ingénieur consiste dans une large mesure à faire coïncider ces contrats d'application et le contrat principal (2). Elle n'est pas facile. Le client ne veut pas connaître les contraintes que certains sous traitants imposent à l'ingénieur. Les sous traitants veulent ignorer les contraintes que le client impose à l'ingénieur. Or, l'opération d'ingénierie n'est viable que si les contraintes imposées par l'un sont répercutées sur les autres. L'art de résoudre ces problèmes constitue une bonne part du know-how de l'ingénieur. Il n'en demeure pas moins

---

(1) La qualification de sous traitance ne s'impose pas dans toutes les hypothèses. Il arrive qu'il existe une collaboration égalitaire entre plusieurs ingénieurs. Voir Paris 18 février 1975. Journal des agréés 1975 p. 247 n. Prompt-Cohen, Bonte ; Ph. Le Tourneau art. précité. Les conséquences étaient importantes surtout avant la loi du 30 décembre 1975 sur la sous traitance, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation de biens de l'entrepreneur général. Le sous traitant ne pouvait que produire au règlement judiciaire, et ne toucher en pratique qu'une fraction de sa rémunération. En revanche, le co-entrepreneur pouvait percevoir sa rémunération directement du client.

(2) Ce rôle est essentiel. L'ingénieur coordonne les technologies des différents partenaires et il assure leur information réciproque. Il est à noter que cette circulation des connaissances et cette adaptation permanente des connaissances théoriques, des besoins ressentis et des expériences concrètes, contribue largement à développer le potentiel industriel des partenaires de l'ingénieur, mais ne concerne pas directement le client dans la plupart des hypothèses (V. P. Cohen et autres, art. précité p. 30 et ss).

que d'assez fréquentes distorsions peuvent se produire, et que le droit les accentue parfois.

294. L'ingénieur fera en sorte que la garantie conventionnelle idé par le fabricant du matériel ait la même durée - un an généralement - que celle idé au client. Mais le point de départ de ces deux garanties coïncide difficilement. La garantie du sous traitant, aura normalement comme point de départ le jour de la livraison. Le client, en revanche, imposera souvent à l'ingénieur de retarder le point de départ de la garantie de tous les matériels au jour de la réception définitive de l'ouvrage, soit plusieurs années après la livraison. L'ingénieur risque, en conséquence, de perdre toute possibilité de recours contre son fournisseur.

Ce risque est d'autant plus fort que la qualification des opérations intervenant entre différents partenaires est souvent différente. La fourniture de matériels par le sous traitant s'opère soit dans le cadre d'une vente, soit dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Cette dernière formule sera souvent utilisée pour des matériels importants de technologie avancée non produits en série. Le sous traitant peut donc, dans cette hypothèse, valablement limiter sa responsabilité. Au contraire, l'ingénieur ne le peut pas car la fourniture de ce matériel au client se fait toujours dans le cadre d'une vente (1).

L'exécution de prestations d'ingénierie comporte donc des risques pour les deux partenaires mais surtout pour l'ingénieur. Ces risques sont d'autant plus importants qu'ils sont souvent impossibles à répercuter sur le prix.

---

(1) Ces solutions contradictoires tiennent à la jurisprudence qui ne présume la connaissance des vices cachés que chez le vendeur. Cf B. Starck, Observations sur le régime des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité, D. 1974 ch. 157 et ss. .

c) Le prix

295. Le prix est en principe librement fixé par les parties. La Cour de Rennes s'est reconnue, cependant, le pouvoir de limiter les honoraires de l'ingénieur (1). Cette solution est parfaitement justifiée. L'ingénierie est une profession intellectuelle, reposant sur la détention d'une "connaissance" transmise à des profanes. Le client est en conséquence mal placé, psychologiquement pour discuter le prix. Or l'appréciation objective du service fourni est impossible. Les prestations d'ingénierie en effet sont aux deux sens du mot "inestimables", dans la mesure où le bénéfice qui peut en être retiré par le client est sans rapport direct avec leur coût (2). Le risque est grand dans ces conditions de voir l'ingénieur surestimer ses capacités intellectuelles et le client sous-estimer l'effort fourni. Cette profession libérale ne dispose pas en outre d'organes corporatifs compétents pour imposer une stricte discipline à ses membres. L'interventionisme judiciaire n'est dans ces conditions qu'une atteinte limitée à la liberté contractuelle.

296. Il n'est d'ailleurs qu'une application particulière de la tradition qui permet aux tribunaux de contrôler le prix des services libéraux (3). Si le bien fondé de ces solutions n'est guère contesté, les moyens utilisés par les juges sont critiquables. L'analyse du contrat en un manuel est la méthode traditionnelle employée (4) et adoptée par la Cour de Rennes (5) pour justi-

---

(1) Rennes [illegible] avril [illegible] [illegible] 5 janvier [illegible] com. R.I.D. Civ. [illegible]. [illegible], G. Cornu.
(2) [illegible], G. Cornu précité.
(3) Idem
(4) Idem
(5) Rennes 17 avril [illegible] précité.

fier l'intervention du juge. Or il est certain que l'ingénierie, pas plus d'ailleurs que les autres contrats "soumis" à cette jurisprudence, n'est un mandat (1). Les bureaux d'études réalisent des ouvrages matériels et intellectuels. Leur tâche principale est de concevoir une étude. Ils n'accomplissent qu'exceptionnellement des actes juridiques pour le compte de leurs clients même dans les contrats clés en main (2).

En outre, on ne voit plus en quoi la qualification de mandat justifie mieux l'intervention du juge que celle de contrat d'entreprise. La gratuité n'est plus de l'essence du mandat, ni de celle des "arts libéraux". Comme le dit excellemment le doyen Cornu, ce que l'on peut reprocher à ces professionnels n'est pas de s'être fait payer mais d'avoir exploité le client (3).

Cette idée est la réelle justification de cette jurisprudence. La recherche de la rentabilité et de la productivité maximum ne devraient pas être la règle essentielle des professions libérales. Il est intéressant de noter que pour les tribunaux, l'ingénierie doive avoir ce même souci. Cette nécessité d'appliquer un juste prix, rejoint l'idée de collaboration qui imprègne en permanence ces contrats (4).

297. En exigeant de la part de ces professionnels un juste prix, les tribunaux réparent en réalité la lésion subie par le client. La sanction purement prétorienne de l'erreur lésionnaire peut étonner. Mais la contradiction avec les principes généraux du droit civil est plus apparente que réelle. Dans ces professions, et tout particulièrement dans l'ingénierie, il existe peu de normes de références permettant d'apprécier correctement la diligence du prestataire. Il est donc très difficile de savoir si le prix a été surestimé

---

(1) Cf. G. Cornu [illegible] précité.
(2) Voir supra n° [illegible] et [illegible].
(3) Obs. G. Cornu précité.
(4) Voir supra n° [illegible] et ss.

[illegible] le service [illegible] mal exécuté. Le contrôle judiciaire conduit à donner une garantie [illegible] de bonne exécution. Ce caractère montre qu'en réalité le contrôle judiciaire est lié au contenu de la prestation et pas seulement à son [illegible].

Les Tribunaux sanctionnent aussi bien une erreur sur la valeur qu'une erreur sur l'utilité de la prestation fournie. Le client, en effet, recherchait un certain résultat et n'a contracté que dans ce but. Il ne conteste pas le prix demandé pour ce résultat. Il reproche en réalité au prestataire de ne pas lui fournir un résultat suffisant. N'étant tenu qu'à une obligation de moyens, le prestataire ne peut être sanctionné que très difficilement sur le terrain de la responsabilité civile. Il existe rarement une méthode unique pour réaliser l'ouvrage demandé. Il sera en pratique, sauf grave négligence, très difficile de sanctionner les fautes du professionnel. La seule solution est d'admettre que le client a commis une erreur sur l'utilité du service qui devait lui être fourni.

L'utilité d'une obligation de faire, peut sans exagération, être considérée comme une de ses qualités substantielles, l'objet même de l'accord entre les deux parties. Il n'est pas impossible dans ces conditions de voir dans le contrôle judiciaire une sanction particulière de l'erreur

---

1 Sur les rapports entre la garantie et l'erreur sur la substance [illegible] Tallon, Erreur sur la substance et garantie des vices [illegible] de [illegible] d'agrégation, [illegible] de droit commercial [illegible] p. [illegible] et [illegible]. [illegible], De l'erreur sur la substance [illegible] ch. [illegible] p. [illegible] et [illegible] ; J. Ghestin, note sous Cass. [illegible] juillet [illegible] D. [illegible]. [illegible] et ss p. [illegible] et [illegible].

sur la substance et plus exactement une erreur sur une qualité convenue (1). L'erreur sur la valeur n'en est que la conséquence.

298. Il est vrai cependant que la situation peut être plus ambigüe. Il est en pratique très difficile de savoir si le client qui trouve le résultat obtenu insuffisant pour le prix prévu connaissait dès la formation du contrat l'utilité exacte que lui procurerait le service. Cette ambiguité ne peut être levée, et tient au fait que l'erreur porte sur une obligation et non sur un bien. Mais rien dans la théorie de l'erreur ne justifie de réserver son domaine aux choses corporelles (1 bis). Il est tout au plus nécessaire de se résoudre à l'apparition de certaines distorsions.

L'admission de l'erreur sur la substance comme moyen de limitation du prix n'est cependant possible que dans les prestations d'ingénierie pures, ne comportant pas d'obligation de résultat. Lorsque le prestataire est tenu d'obtenir un certain résultat, le client peut apprécier l'importance du service dû dès la formation du contrat, et le partage entre l'erreur et l'inexécution des obligations contractuelles peut facilement être réalisé.

299. L'interventionisme judiciaire a donc un domaine limité. En outre, le mode de fixation du prix est laissé à l'initiative des parties. Il suffit que le prix soit déterminé ou déterminable (2).

---

(1) Il est vrai que le régime juridique de cette action est plus proche du mécanisme de l'action en garantie que de celui de l'action en nullité. (Sur ces distinctions voir notamment J. Ghestin, note au D. 1974,538 précité). En réalité la complexité technique du service fourni rend très difficile les distinctions juridiques et favorise la naissance d'une action autonome, aux fondements multiples. En d'autres termes, il n'est pas question de prétendre que le contrôle judiciaire du prix ne doive être qu'une modalité de l'action en nullité pour erreur. Nous pensons plus modestement que les justifications et explications de cette action se trouvent dans une double idée : celle de garantie et celle d'erreur sur la substance.

(1 bis) Marty et Raynaud II, 1er vol. n° 123. Flour et Aubert, Droit civil I, n° 195 et les arrêts cités.

(2) Voir infra n° 319 et ss.

Les contrats [illegible] un prix déterminable pour certaines fournitures annexes. Il en est souvent ainsi du coût du service après vente et des pièces de rechange. Une telle imprécision peut entraîner des difficultés sérieuses [illegible]. Il est cependant admis que le prix n'est pas une condition de formation du contrat lorsque les travaux sont de faible importance [illegible].

[illegible]00. Les méthodes de calcul de ce prix sont diverses et dépendent du type de prestations fournies. Pour les travaux à façon le prix est généralement calculé sur la base du temps consacré. Dans d'autres cas le prix sera fonction du prix coûtant, majoré d'une certaine somme. Il pourra aussi être calculé sur la base d'un pourcentage du coût total de réalisation de l'ouvrage. Le prix peut aussi consister, au moins en partie, en un pourcentage des bénéfices réalisés par le client.

[illegible]. Dans les contrats clés en main à l'exportation, le prix est généralement forfaitaire, ne comporte aucune clause d'indexation et est fixé en francs français. Cette solution peut étonner alors que ces contrats portent sur des sommes considérables et se déroulent souvent sur plusieurs années. L'explication est cependant simple. Les parties ne veulent pas courir le risque de [illegible] de l'indétermination du prix. Le risque [illegible] incorporé dans le prix et garanti partiellement par [illegible]. [illegible] le prix est fixé en francs français [illegible] fournitures étant nécessairement [illegible] française [illegible]. [illegible] pas spéculer sur les monnaies, mais recherchent la [illegible] intérêt, dans ces conditions, [illegible] fournisseur.

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible]. Si le mode de fixation du prix ne pose pas de véritable problème dans les contrats clés en main, le paiement est soumis à des modalités complexes. Le mode de règlement choisi doit permettre le financement de l'installation et doit assurer aux deux parties des garanties suffisantes [1]. Le financement peut être réalisé par l'octroi d'un crédit fournisseur ou d'un crédit acheteur.

La première méthode semble être la plus utilisée à l'heure actuelle en raison des préférences des clients étrangers. Ces procédés rentrent normalement dans le cadre de protocoles bancaires signés par les institutions bancaires des pays concernés. L'octroi de crédits et la garantie de la [illegible]ration par le C.C.F.A.C.E. ne sont accordés que moyennant le respect [illegible] conditions strictes. Un acompte est payé dès la signature du contrat, l'ingénieur fournit en échange à son client une caution bancaire de [illegible] d'acompte. Un faible pourcentage du prix est payé lors des livraisons [illegible] diverses phases de l'installation. Le reliquat du prix [illegible] est payé à crédit selon une durée de 5 à [illegible] ans, à des taux d'intérêt très faibles. Des chaînes de traites sont émises par le fournisseur et acceptées par le client. Elles sont ensuite déposées chez le banquier d'une des deux parties. Ces effets sont remis au fournisseur au fur et à mesure des livraisons. En échange le prestataire doit remettre au client les documents certifiant la livraison et doit fournir des cautions bancaires de bonne fin. Une date butoir est prévue pour la remise des traites au cas où la non exécution des livraisons serait le fait du client. Leur échéance est à date fixe [illegible] mois après la signature du contrat. Les réception, le fournisseur peut mobiliser ces effets auprès de son banquier. Cette technique, par le jeu réciproque des traites et des cautions, offre de sérieuses garanties aux parties.

---

1 M. [illegible], Le financement du commerce extérieur avec les pays de [illegible]. Mémoire [illegible], Paris I [illegible]. Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque, Thémis [illegible].

Dans le crédit acheteur la situation du fournisseur est beaucoup plus simple. Il est automatiquement payé à l'échéance par son banquier qui consent directement le crédit au client. Le paiement n'a lieu évidemment que sur présentation des justificatifs des livraisons, quelle que soit la formule adoptée, les bureaux d'études peuvent rarement attendre l'échéance. Un préfinancement leur est souvent accordé par les banques qui ont la quasi certitude de recevoir à l'échéance les traites acceptées.

303. Malgré ces mécanismes, la situation des bureaux d'études est souvent délicate. Ils doivent en effet prendre des risques importants pour réaliser leurs projets. Leurs capitaux sont faibles et leurs équipements peu importants. La réussite des installations comporte de nombreux aléas (1). Ces difficultés tiennent à la structure de ces entreprises dont le capital essentiel est la matière grise. C'est pourquoi il est nécessaire de tenir compte de ces structures dans l'examen de leurs conditions d'endettement (2).

Le financement de la matière grise est souvent délicat, mais nécessaire. L'importance des services intellectuels est telle qu'ils sont l'accessoire nécessaire des investissements en biens d'équipements.

§ II - Les services et la distribution de biens techniques

304. Le coût et la complexité des biens techniques a accéléré le développement de nouveaux services. La décision d'équipement est complexe et nécessite la prise en considération de nombreux paramètres, techniques, financiers, économiques et juridiques. Une étude préalable des besoins de l'entreprise est très souvent nécessaire. L'équipement doit pouvoir être amorti financièrement ; son entretien et son approvisionnement doivent être continuellement assurés. Les contrats de distribution sont ainsi devenus des contrats de longue durée, tant sur le plan du financement que sur celui de la maintenance.

---

(1) M. Sentenac, op. cité p. [illegible]
(2) Commission du VIe plan. Comité Ingénierie, op. cit. p. [illegible] et [illegible].

305. La vente de ces matériels par exemple, est toujours accompagnée d'une constellation de contrats ; contrat de financement, contrat d'entretien, contrat d'assistance technique, contrat de fourniture. Ce mode d'investissement présente cependant des inconvénients. L'utilisateur supporte les risques d'obsolescence. La rentabilité du bien suppose une utilisation permanente et maximale. La rigidité de cette opération a des incidences comptables et fiscales. La déduction des investissements n'est admise que selon un système compliqué et étroitement contrôlé.

306. En revanche, si le bien est loué, les loyers constituent des frais généraux, entièrement déductibles (1). L'intérêt de la location est aussi de mieux intégrer les différents services d'accompagnement, et de limiter les risques d'obsolescence. Cette technique sera seule envisagée ici (2).

La location répond à un double souci : elle est un moyen de financement des investissements et elle est un moyen d'obtenir un service complet et souple.

Le crédit bail ou leasing satisfait essentiellement la première de ces préoccupations (3).

Le renting ou location service répond surtout à la deuxième. Cette dernière technique est particulièrement utile lorsque l'usage du bien

---

(1) M. Cozian, La fiscalité des entreprises, Librairies Techniques, collection Droit et gestion n° 185 et ss, p. 101 et ss.

(2) Les problèmes juridiques propres à la vente ont été étudiés dans le chapitre précédent. Certaines prestations sont sans doute plus développées dans la vente aux entreprises. Mais ces services se retrouvent dans la location. Ils seront signalés chaque fois qu'un problème juridique particulier se posera à leur égard.

(3) Le crédit bail est essentiellement un mode de financement et a pour effet d'écarter tout service matériel. C. Gavalda, Crédit bail ou leasing mobilier, juriscl[illegible] commercial, annexes Banque fasc. 58 B I n° [illegible]. Cette question ne [illegible] ici.

[illegible] d'occu-
pation (1).

Le renting est d'abord un contrat de location (2). Il est, à ce titre, soumis aux règles générales du droit civil sur le bail mobilier. Mais cette technique présente des particularités notables qui concernent d'abord les obligations des parties. Le contrat permet de réaliser un investissement sans transfert de propriété. Il est donc normalement de longue durée. Ce facteur modifie sensiblement les relations des parties avec les tiers, ce qui amène à s'interroger sur l'adéquation des catégories juridiques existantes.

A. Les obligations des parties dans le renting

117. Le locataire veut limiter les risques techniques et les charges fixes : immobilisations, charges de personnel. La fonction technique doit être assumée en conséquence par le loueur. Le locataire ne veut que bénéficier de l'utilité économique. Une sorte de dissociation de la propriété se produit. Elle ne découle pas de la diversité des rapports juridiques possibles, mais de la variété des rôles économiques joués. Ce phénomène apparaît dans l'étude des obligations du loueur. Il explique aussi la particularité de certaines [illegible] du locataire.

1. Les obligations du loueur

[illegible] formation du contrat, [illegible] l'exploitation.

[illegible]

[illegible] techniques par [illegible]

[illegible]

[illegible]

découvertes par un simple examen superficiel. Le fournisseur est seul en mesure de donner aux clients tous les renseignements nécessaires : capacité, fiabilité, coût normal d'exploitation. L'offre de biens techniques doit donc être objective, précise et exacte (1). Le fournisseur doit même se faire éclairer sur les besoins exacts du client, du moins lorsque celui-ci est un profane (2). Lorsque les matériels sont très complexes - [illegible] informatique par exemple - il peut être tenu d'effectuer une [illegible] visites chez son client. De même doit-il l'informer du coût réel de l'opération (3).

L'inexécution de cette obligation de renseignement [illegible] tuelle permet au client de demander l'annulation pour erreur [illegible] ou si l'erreur n'a pas été suffisamment déterminante, de [illegible] tion en garantie (5).

Le loueur n'est cependant pas tenu de fournir [illegible] ble complète, ou de renseigner le client sur les matériels concurrents. Il doit conseiller au client le bien le plus apte à satisfaire ses besoins, mais n'est pas tenu d'une obligation de résultat. Il n'a pas à réorganiser l'entreprise du locataire (6). L'obligation de renseignement est étroitement limitée par l'objet du contrat, et n'a pas à conduire à une protection générale du co-contractant (7).

---

(1) Sur cette question voir [illegible], Les contrats de [illegible] techniques op. cité p. [illegible] et [illegible].

(2) Voir pour l'affirmation très explicite de cette obligation [illegible] 1975 [illegible] Boisard et [illegible].

(3) Cass. civ. 1e 5 juin 1971 Bull. civ. [illegible] Com. [illegible] J. Hémard. La Cour annule un contrat de location de tel [illegible], le bailleur ayant caché au preneur l'existence d'une clause [illegible].

(4) J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, art. précité [illegible] P.G. Josin, thèse précitée [illegible].

(5) J. Schmidt, art. précité [illegible] et [illegible] particulièrement [illegible] ; [illegible], op. cité [illegible].

(6) [illegible] n. J. [illegible] ; [illegible].

(7) Voir par exemple [illegible] précité.

Cette distinction s'efface cependant pour les biens de très grande technicité. L'obligation de renseignement tend à devenir une véritable prestation d'ingénierie [1]. En outre des services apparus dès la période précontractuelle se développent pendant l'exécution de la convention, lors de la remise de la chose et pendant toute la durée de son exploitation.

b) La fourniture de la chose

310. Le bailleur doit fournir un bien en bon état. Cette obligation est traditionnelle et ne soulève pas de remarques particulières lorsque le bien est neuf. Au contraire, dans la location d'objets d'occasion, elle se traduit par la fourniture de véritables services (2). L'exécution de cette obligation suppose en effet que le loueur ait procédé à toute une série de vérifications et qu'il ait effectué toutes les réparations nécessaires (3).

Cette obligation est une obligation de résultat. Le loueur doit livrer un bien en bon état de fonctionnement. Il en découle qu'il doit normalement réparer les défauts apparaissant au cours de la location, et qu'il est responsable des dommages que la chose peut provoquer. Ces deux obligations ne sont, en théorie, que deux aspects de l'obligation de garantie de droit commun, mais dans ces contrats ces deux séries d'obligation sont soumises à des régimes différents. La garantie de son fonctionnement est assurée par une série de services mis à la charge du loueur et lui imposant de vérifier, entretenir et réparer le bien pendant toute la durée de la location (4).

---

1) Paris 21 juin [illegible] précité, [illegible] mai [illegible] précité.
2) Cet engagement comporte sa contrepartie. Le client doit être très attentif lors de la réception aux défauts ou dommages à parents qu'il peut constater. La constatation de tels défauts permet de relever la négligence du loueur et empêche ce dernier de prétendre à la fin du contrat que les dégâts ont été commis par le locataire.
3) La publicité des loueurs de véhicules porte en grande partie sur la qualité et l'importance de ces services.
4) Voir [illegible].

quelle que soit la cause (1) du non fonctionnement.

La garantie due pour les dommages matériels ou corporels causés par le bien est une garantie financière qui obéit au régime de droit commun (2). Certains contrats la prévoient expressément, d'autres l'excluent formellement. Cette exclusion est licite, le loueur professionnel n'étant pas assimilé par la jurisprudence au vendeur professionnel (3).

Ce bien en bon état de fonctionnement doit enfin être livré avec tous ses accessoires.

1. <u>La livraison</u>

711. Le transport ne pose pas de problème particulier, pour les biens techniques. Par contre, le distributeur est tenu d'une obligation importante et spécifique : l'installation du bien et sa mise en route.

Ces services peuvent devenir, dans la fourniture d'équipements complexes, les prestations essentielles (4) pour s'assurer du bon fonctionnement du bien, de sa capacité à répondre aux besoins du client et de sa conformité aux spécifications du contrat (5). Dans certains cas, ces prestations sont assez réduites. Dans la location de véhicules automobiles, la délivrance a lieu chez le loueur. Aucune obligation d'installation n'existe. La vérification du bon fonctionnement doit être effectuée, mais elle l'est fort succinctement en règle générale.

---

(1) La faute du locataire décharge le bailleur de la charge financière de ces prestations mais non du service lui-même. Les loueurs préfèrent souvent assurer eux-mêmes les réparations que de les laisser exécuter par le client.

(2) Voir supra n° 187.

(3) Voir supra n° [illegible]

(4) [illegible]

(5) [illegible]

[illegible] pour le matériel [illegible] avec une grande précision.

L'utilisateur doit fournir le support [illegible] de l'installation: arrivée d'énergie, d'eau, climatisation, [illegible], etc. Les installations exécutées [illegible] conformes aux normes du fournisseur. Il peut en résulter, en cas de [illegible], de délicats problèmes d'appréciation de responsabilité, d'autant plus que dans certains cas le fournisseur envoie ses ingénieurs contrôler les travaux et conseiller le locataire. Cependant les difficultés de ce partage de responsabilité entre les fautes de conception, les fautes d'exécution et éventuellement les fautes de surveillance, ne doivent pas être exagérées. L'utilisateur est en effet tenu de fournir un emplacement convenable. Il est donc tenu d'une obligation de résultat, alors que le loueur ne sera tenu que de sa faute. Si la cause du dommage reste ignorée, l'utilisateur en supportera la charge. Par contre, la responsabilité de l'installation proprement dite pèse exclusivement sur le distributeur, même s'il est assisté des employés de l'utilisateur.

[illegible]. La mise en route est une opération très importante dans le contrat d'entreprise, et dans la vente. Dans la location elle joue un rôle moindre, car le loueur est tenu d'assurer pendant tout le contrat le bon fonctionnement [illegible], elle n'est pas pour autant dépourvue d'intérêt.

[illegible] la réception [illegible] traditionnelle, [illegible] sa livraison.

[illegible], plus importantes qu'elles [illegible], [illegible] livrer [illegible].

[illegible]

[illegible]

916. La [illegible] nécessairement [illegible] l'obligation [illegible] preneur [illegible] lieu [illegible] l'exploitation [illegible] loueur professionnel [illegible] de la nécessité [illegible] appel [illegible] même cette [illegible] gation [illegible]

[illegible]

312. pour le matériel [illegible] avec une grande précision.

L'utilisateur doit fournir le [illegible] de l'installation: arrivée d'énergie, [illegible], les installations exécutées [illegible] normes du fournisseur. Il peut en résulter, en cas de [illegible], de délicats problèmes d'appréciation de responsabilité, d'autant plus que [illegible] le fournisseur envoie des ingénieurs contrôler les travaux et conseiller le locataire. Cependant les difficultés de ce partage de responsabilité entre les fautes de conception, les fautes d'exécution et éventuellement les fautes de surveillance, ne doivent pas être exagérées. L'utilisateur est en effet tenu de fournir un emplacement convenable. Il est donc tenu d'une obligation de résultat, alors que le loueur ne sera tenu que de sa faute. Si la cause du dommage reste ignorée, l'utilisateur en supportera la charge. Par contre, la responsabilité de l'installation proprement dite pèse exclusivement sur le constructeur, même s'il est assisté des employés de l'utilisateur.

313. La mise en route est une opération très importante dans le contrat d'entreprise, et dans la vente. Dans la location elle joue un rôle moindre, car le loueur est tenu d'assurer pendant tout le contrat le bon fonctionnement [illegible], elle n'est pas pour autant dépourvue d'intérêt.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

---

1 [illegible]

2 [illegible]

[illegible]

2 Les accessoires

314. Ces accessoires peuvent être très importants. Il ne faut pas, en effet, limiter cette notion aux objets nécessaires à la mise en route du bien. Les services constituent aussi des accessoires. Le loueur (1) doit d'abord livrer le bien avec son mode d'emploi et tous les documents administratifs nécessaires à son usage.

Le mode d'emploi doit être clair et compréhensible. L'obligation ne peut, par exemple, être satisfaite par la fourniture d'une notice rédigée dans une langue étrangère (2). Quel que soit le procédé utilisé, le loueur doit fournir toutes les indications nécessaires sur les modalités de fonctionnement et sur les conditions de sécurité à respecter. Ce devoir du loueur existe même en dehors d'une clause expresse. Son intensité et sa portée dépendent essentiellement de la technicité du bien, et de la compétence de l'utilisateur. La norme juridique s'efface ainsi devant la norme technique. Les usages professionnels jouent en conséquence un rôle important dans ce domaine.

315. Dans les contrats portant sur des matériels de haut niveau technologique, les parties prennent soin de détailler cette obligation. L'envoi de spécialistes, la formation du personnel s'ajoutent à la fourniture d'une documentation technique. La diversité de ces clauses d'assistance technique est grande.

---

(1) Cette obligation pèse en dernier ressort sur le fabricant. Cf. Cass. Civ. 1e, 31 janvier 1973 et l'article de [illegible] et [illegible] Revel. La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les usages de la chose vendue (C.C.P. [illegible], [illegible], II, [illegible]). Mais le loueur ne peut se retrancher derrière l'inexécution de cette obligation par le fabricant, pour justifier l'inexécution d'une obligation inhérente à ce type de contrat.

(2) Comp. article I de la loi [illegible] [illegible] [illegible] relative à l'emploi de la langue française [illegible].

317. Normalement cette obligation n'est qu'une obligation de moyens. Le fournisseur promet de faire de son mieux pour fournir le personnel au client. L'aléa inhérent à tout enseignement limite nécessairement la portée de l'obligation.

Mais les clauses sont souvent rédigées sous une forme plus tranchée. Il est stipulé, par exemple, que le personnel de X passera n mois dans les ateliers de Y. Cette clause impose au loueur une obligation de résultat : recevoir le personnel à former. Le résultat acquis n'épuise pas cependant l'obligation du loueur. Il doit en effet faire en sorte que le temps passé soit profitable et permette au personnel du client de recevoir une véritable formation.

L'assistance technique n'est généralement prévue qu'au début de l'exécution du contrat. Elle peut cependant être poursuivie pendant toute la durée de la location. Il ne s'agit pourtant plus d'un problème lié à la fourniture du bien mais d'un problème lié à son exploitation.

c) <u>L'exploitation du bien</u>

318. L'intérêt économique et financier du contrat de renting réside essentiellement dans la garantie de son fonctionnement que par le loueur qui décharge le client de tout souci technique et de tout risque financier.

Cette garantie est obtenue par la fourniture de deux séries de prestations. Les premières ont pour fonction de permettre à l'utilisateur de jouir paisiblement du bien. Les secondes ont pour fonction de substituer le loueur à l'utilisateur dans le contrôle technique du bien.

1. <u>Les services de jouissance</u>

319. L'exploitation d'un bien technique suppose la fourniture régulière et permanente de biens ou de services consomptibles : [illegible] d'un [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

de la machine.

Ces fournitures sont des conditions nécessaires au fonctionnement du bien. Le locataire doit pouvoir en bénéficier à défaut de quoi le loueur n'exécuterait pas une de ses obligations essentielles. Les parties peuvent cependant décider que ces biens ne seront pas fournis par le loueur.

Mais si pour une raison quelconque, ces accessoires ne sont plus disponibles, le loueur devra les fournir lui-même, à défaut de quoi le locataire pourra demander la résiliation du contrat.

Ces fournitures peuvent aussi être intégrées dans le contrat de location. Elles sont dues pendant toute la durée du contrat, dans les limites de certains quotas et sans supplément de prix. Cette situation simple est cependant assez peu fréquente. Le contrat ne prévoit généralement qu'un engagement général de fourniture des accessoires, à la demande du client, selon les conditions pratiquées habituellement par le loueur. Le contrat présente alors un double caractère. A la location proprement dite s'ajoute un contrat cadre de fourniture (1).

320. Cette dernière convention comporte toujours l'engagement de fournir certains biens ou certains services, soit à la demande du client, soit selon une certaine périodicité.

Cet engagement du fournisseur ne présente un réel intérêt que lorsque le client ne peut obtenir sur le marché les fournitures qui lui sont nécessaires, soit en raison d'un monopole de fait, soit en raison d'une clause d'exclusivité d'achat imposée au locataire (2).

---

(1) Cf A. Seube, Le contrat de fourniture, thèse Montpellier dactylographiée 1970 ; A. Seube et J.M. Mousseron, A propos des contrats d'assistance et de fourniture D. 1973 ch. 197.

(2) Des clauses d'exclusivité sont en principe valables, condition d'être limitées à 10 ans (Cass. Com. 5 novembre 1974 [illegible]).

La portée de l'argument [illegible] ... [illegible] ce, la difficulté vient essentiellement de la [illegible] des clauses de prix, qui se contentent généralement de faire référence aux tarifs du fournisseur (3) au jour de l'acquisition des fournitures.

Leur validité est soutenue [illegible] ... [illegible] le client à l'arbitraire de son partenaire. La nullité de cette clause [illegible] n'entraîne pas nécessairement la nullité de la convention cadre pour défaut de prix (4), mais le sort de celle-ci se pose nécessairement le jour de la mise en oeuvre des contrats d'application si le client conteste alors les tarifs catalogues. La "caducité du contrat" s'impose alors.

---

(3) Les [illegible] qui font [illegible] supposent que le loueur est le fournisseur des accessoires. Si le loueur ne fait que les acheter à un fabricant pour les revendre au prix coûtant, cette référence au tarif du fabricant rend le prix déterminable, puisque fixé par un tiers. L'analyse devrait peut-être être plus poussée. Même dans cette hypothèse le loueur peut n'être qu'une émanation du fabricant sans autonomie réelle. Loueur et fabricant peuvent par exemple être eux-mêmes liés par des accords d'exclusivité ne laissant aucune liberté aux distributeurs. Il semble impossible alors d'admettre que le prix fixé par le fabricant soit un prix émanant d'un tiers. Le dernier ne pourrait invoquer l'effet relatif des contrats, [illegible] ... [illegible]

(4) [illegible]

310 etc. Mais ces solutions ne valent que pour les accessoires nécessaires. Or ce caractère de nécessité est souvent difficile à apprécier. Le fonctionnement des équipements informatiques notamment nécessite la fourniture de prestations intellectuelles (1), le logiciel, qui constituent les instructions nécessaires au déroulement des opérations effectuées par l'ordinateur (2). Ce terme de logiciel recouvre en réalité deux notions [illegible] : les programmes de base ou "hard software" [illegible] la machine, et les programmes d'application ou soft software, [illegible] du problème à traiter.

Les programmes de système hard software, [illegible] "pilot" d'un ordinateur doivent être livrés nécessairement avec la machine [illegible]. Au contraire, la livraison de programmes spécifiques à une utilisation [illegible] ou à une forme d'usage particulière [illegible] programmes, [illegible] être considérée comme une obligation découlant nécessairement du contrat de location.

Pendant longtemps les constructeurs ont mis à la disposition de leurs clients tous les programmes sans frais supplémentaires, leur coût étant intégré dans le prix du matériel. Cette pratique présentait des inconvénients malgré ses avantages apparents. Le calcul du coût réel [illegible] le fonctionnement de l'ordinateur était difficile à établir et l'utilisateur n'était pas assuré d'obtenir les programmes les mieux adaptés et les plus récents. Cette politique est abandonnée à l'heure actuelle par les constructeurs. Le hardware et le software font l'objet d'une [illegible] séparée. Le locataire peut ainsi faire appel à ses propres services de programmation ou utiliser les services de sociétés spécialisées.

---

(1) Sur la nature juridique de cette communication de connaissances, voir infra n° 373 et s.

(2) Définition [illegible] de la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.

320 ter. La dissociation du hardware et du software d'application a une importance pratique considérable. L'environnement intellectuel du matériel informatique est soumis à une très rapide obsolescence, et l'utilisateur veut bénéficier des perfectionnements les plus récents. Or le loueur est tenu de permettre au locataire de jouir du bien mais il n'est pas tenu d'en améliorer les conditions d'utilisation.

L'insertion d'une clause d'échange de perfectionnements est donc nécessaire (1) pour bénéficier de ces améliorations. Dans la fourniture "gratuite" de software - par exemple la mise à la disposition d'une bibliothèque de programmes - le fournisseur s'oppose à de telles clauses. Au contraire, lorsque la facturation est séparée, les fournisseurs n'ont aucune raison de refuser de communiquer leur perfectionnement. La portée de cet engagement reste cependant limitée dans la mesure où la référence au prix reste imprécise (2).

Les clauses d'approvisionnement ou de perfectionnement ne donnent donc au locataire, qu'une garantie imparfaite contre l'obsolescence du bien, mais elles ne constituent pas le seul intérêt de cette opération. Un dédoublement fonctionnel des pouvoirs et des responsabilités affectant le bien intervient en effet. Le locataire doit bénéficier de l'utilité économique du matériel sans en supporter les charges techniques, le loueur est alors conduit à les assurer et à se substituer au locataire (3).

---

(1) Voir infra n° [illegible] et ss. l'étude du régime juridique de ces clauses.
(2) Cf supra n° 320.
(3) Dans notre système juridique [illegible]

2 Les charges de substitution

321. Le loueur, dans le renting, assure l'entretien et la réparation du bien. La mise à sa charge de ces obligations peut paraître présenter peu d'originalité par rapport au modèle de la location dans le code civil (1). De nombreux auteurs refusent en conséquence toute distinction entre renting et location (2). Ces analyses ne tiennent pas compte cependant de la portée des obligations du loueur dans les formes nouvelles de distribution.

Dans la location "classique" les parties peuvent répartir librement le poids des diverses charges. Mais traditionnellement le loueur cherchait à se dégager au maximum des charges d'entretien ou de réparations.

Au contraire, dans le renting le loueur les assume toutes. La finalité économique de l'opération exige la fourniture d'un service complet. L'utilisateur doit être déchargé au maximum des charges fixes alourdissant sa gestion.

Quantitativement ce service est très important. Les biens distribués selon cette technique nécessitent un service d'entretien important et régulier en raison de leur technicité. Ces prestations sont un élément déterminant de l'opération. La mise à la disposition d'un bien, est un des objets du contrat. Il n'est pas spécifique. D'autres formules souvent moins coûteuses permettent de réaliser une mise à la disposition du client comparables : vente ou crédit bail par exemple.

322. L'objet spécifique de ce contrat consiste dans la fourniture d'un service technique complet. Ce service peut prendre deux formes : la première consiste essentiellement à entretenir et réparer le bien. La seconde est plus complète. Le loueur fournit en plus, le personnel nécessaire au fonctionnement du bien.

---

1 [illegible]

2 [illegible]

[illegible], l'obligation d'entretien et de [illegible] ... [illegible] pratiques en raison de sa [illegible], le fournisseur [illegible] des visites régulières d'entretien et de contrôle, afin d'assurer les mises au point prévues par les constructeurs. Le fournisseur assure en outre un service de dépannage, effectue toutes les réparations nécessaires et remplace les pièces défectueuses ou usées.

Il est clair dans ces conditions que le loueur assure quant au bon fonctionnement du bien, une obligation de résultat. Il doit fournir un bien en bon état de fonctionnement et l'y maintenir. Cette garantie est due, même si les dommages subis par le bien ont été causés par un cas de force majeure. Le fournisseur en effet doit réparer toutes les défectuosités du bien, sauf faute du locataire (1).

Dès lors que le fournisseur ne peut prouver cette faute, la garantie du service de maintenance est due. Il trouve sa source dans une réalité objective : le non fonctionnement.

La perte totale de l'objet libère le loueur, mais les risques sont à la charge du fournisseur (2), sauf [illegible] faute de l'utilisateur (3). Le propriétaire doit fournir un bien de remplacement s'il en existe (4).

---

(1) [illegible] commun cas, la réparation est effectuée même si la défectuosité provient d'une faute de l'utilisateur, il est évident que ce dernier doit [illegible] supporter le coût de la réparation.

(2) Sur [illegible] conciliation de cette solution avec l'obligation de restitution voir supra nº [illegible].

(3) Certains contrats prévoient que tous les risques sont à la charge du fournisseur, y compris ceux résultant de la faute de l'utilisateur. Ceci [illegible] économique est exclu. Mais ces clauses sont généralement assez [illegible] et peuvent prêter à diverses interprétations. Voir par exemple la clause suivante tirée d'un contrat I.B.M. "Lorsque celles-ci (les machines) sont en possession du client, I.B.M. dégage le client de toute responsabilité [illegible] de la perte des machines ou des dommages subis par elles par l'effet de toute cause autre que [illegible] [illegible] le client [illegible].

(4) [illegible]

324. Le régime de responsabilité est nécessairement différent pour les dommages subis par des personnes ou par d'autres biens. La garantie de fonctionnement ne concerne que le bien loué. Si le contrat ne comporte aucune stipulation particulière, les règles de droit commun de la responsabilité s'appliquent. Tenu d'une obligation de résultat, le loueur est responsable des dommages provoqués par le non fonctionnement du bien, sauf force majeure, fait d'un tiers ou faute de la victime [illegible]. Mais le contrat comporte fréquemment des clauses limitant le montant de la responsabilité du loueur.

Ces clauses sont valables sauf faute lourde ou dol [illegible]. Les problèmes posés par la responsabilité du vendeur ne se retrouvent pas ici, l'article 1645 n'ayant pas son équivalent en matière de location [illegible]. Cette différence de régime est d'autant moins rationnelle que le loueur [illegible] a des prestations sur la chose beaucoup plus importantes que [illegible] qu'il conserve sur elle une certaine maîtrise technique [illegible].

325. Cette maîtrise est particulièrement complète lorsque le loueur fournit aussi le personnel nécessaire à l'utilisation du matériel. La question se pose de savoir si ce prêt de main d'œuvre ne change pas la qualification de la convention.

La solution de ce problème est importante car elle déterminera les conditions de validité du contrat et en cas de dommages elle sera nécessaire à la détermination des responsables.

---

(1) Cass. Com. [illegible] octobre [illegible] D. [illegible] n. J. Hubert, Adde Cass. Civ. [illegible] 28 mai 1974 [illegible] La victime devra cependant agir contre le locataire, le contrat de location a pour effet de transférer la garde de la chose – y compris la garde de structure – au locataire. Cass. Civ. le [illegible] juin 1953 D. [illegible] n. Rodière [illegible] n. A. Weill. Mais ce dernier aura un recours contre le loueur.

(2) Voir B. Starck, Observations sur [illegible] responsabilité [illegible] limitation [illegible] responsabilité [illegible]

(3) [illegible]

Pour certains auteurs (1), la location d'une chose assortie de prêt de main d'oeuvre transforme l'opération en louage d'ouvrage. Cette affirmation est trop catégorique, il n'y a contrat d'entreprise que si l'entrepreneur a la responsabilité de l'ouvrage à accomplir. La simple mise à la disposition de personnel ne suffit pas à transférer au loueur ce pouvoir. Il en est sans doute ainsi dans certaines hypothèses. L'envoi de cadres chargés d'effectuer un travail déterminé au moyen d'une machine déterminée en est un exemple. Les contrats de time sharing en sont un autre exemple (2). Dans ces contrats, les clients louent l'usage d'un certain nombre d'heures d'ordinateur. Mais ils n'effectuent personnellement aucune opération sur la machine. Le propriétaire de la machine effectue les opérations nécessaires au fonctionnement de l'appareil. Le client se contente de transmettre ses données et de recevoir la réponse.

Mais lorsqu'il y a seulement envoi de personnel subalterne, chargé de se conformer aux ordres du locataire la qualification de louage d'ouvrage ne peut être retenue. Le contrat est une location de chose assortie d'un prêt de main d'oeuvre (3).

326. Cette dernière qualification a pour conséquence de soumettre dans certaines circonstances le prêt de main d'oeuvre à certaines dispositions de la

---

1 A. [illegible], La location de véhicules pour le transport routier de marchandises. Librairies techniques 1964 n° [illegible]. Il est vrai cependant que de délicats problèmes de frontière peuvent se poser. Cf sur la distinction de la location et du transport T. Com. Paris [illegible] juin 1973 [illegible] 1973,[illegible] ; [illegible], Com. 1974.153 [illegible]. Rémard.

2 Comp. Cass. Com. 15 juillet 1975 Bull. IV n° [illegible].

3 Cass. Com. 14 octobre 1965 Bull. Civ. III n° 498. Cass. Com. 3 décembre 1968, Bull. Civ. IV n° 343, D. 1969 Com. 54 ; Cass. Com. 6 juillet 1971 D. 1971.691. Comp. Cass. Com. 10 juillet 1963 Bull. Civ. III n° 370 B.T. 1963,[illegible] et Cass. Com. 15 juillet 1975 précité. Voir pour la qualification du contrat [illegible], qualification qui ne [illegible] : Paris 4 avril 1974, Journal des agréés 1974.[illegible] n. [illegible].

loi du 3 janvier 1972 sur le travail temporaire (1). Il en est ainsi lorsque le prêt de main d'oeuvre n'a pas un caractère lucratif. Une ébauche de statut apparaît alors. Ce régime, aussi imparfait et incomplet soit-il consacre en effet la dichotomie d'employeurs résultant de l'opération de renting. Si l'employeur originaire reste l'employeur de droit, l'utilisateur devient lui aussi un employeur de droit pour tout ce qui concerne l'utilisation du travailleur (2).

327. Cette dichotomie est aussi très nette dans la détermination des responsabilités respectives du loueur et de l'utilisateur. Le problème s'est posé essentiellement pour la location de véhicules en raison de la fréquence de ce type d'accidents. Mais sa portée est plus générale.

Outre son obligation contractuelle de maintenance, le loueur peut être tenu de répondre des fautes de son employé. Les contrats peuvent

---

(1) Article 37 de la loi du 3 janvier 1972, modifiée par la loi du 6 juillet 1973 (D. 1973.276) devenu art. L.125.3 du code du travail. Les conditions de travail du salarié prêté doivent être identiques à celles des salariés de l'utilisateur (article 9 de la loi du 31 janvier 1972). En matière d'accident du travail, l'employé doit aviser l'utilisateur de l'accident dont il a été victime et ce dernier doit aviser l'employeur originaire (article 24). Les caisses de Sécurité sociale peuvent recourir aussi bien contre l'utilisateur que contre l'employeur, lorsque l'utilisateur n'a pas fait la déclaration de l'article 24 (article 25). La notion d'accident de trajet est modifiée. Tout accident survenu entre le domicile du salarié et son lieu de travail et où le siège de son employeur est un accident de trajet (article 24 al. 3). Dans les hypothèses de faute inexcusable ou intentionnelle, l'utilisateur est purement et simplement substitué à l'employeur (articles 26 et 27).
Les travailleurs "prêtés" doivent être pris en considération dans le calcul du nombre de salariés de l'entreprise utilisatrice en matière d'institutions représentatives du personnel. Enfin, le prêt de main d'oeuvre étranger à l'étranger est prohibé (article 39).

(2) La dichotomie qui apparaît dans la propriété des moyens de production entre la propriété formelle et l'utilisation, se manifeste de manière parallèle dans le contrat de travail...

[illegible] les parties, mais certaines [illegible] pouvant être [illegible]. Le bailleur est normalement tenu des dommages résultant du maniement défectueux de la chose (1 bis). Il peut aussi être tenu d'indemniser tous les dégâts causés au locataire par la faute de l'employé en relation avec son travail. Il est enfin normalement tenu des dégâts causés pour une cause indéterminée. Ces solutions, cependant, ne sont valables qu'entre les parties et ne permettent pas de savoir qui la victime doit assigner.

328. Deux voies lui sont offertes. Elle peut agir soit contre le gardien de la chose (article 1384 al. 1) soit contre le commettant de l'employé fautif. Il est certain que lorsque le contrat ne peut être qualifié de location, mais rentre dans la catégorie des contrats d'entreprises, la victime ne peut s'adresser qu'à l'entrepreneur qui est gardien et commettant (1).

Les difficultés sont plus grandes lorsque l'opération constitue une location. La détermination du gardien ou du commettant est délicate et il est difficile de dégager des solutions claires (2).

Le transfert de la garde au locataire suppose pour le moins une certaine durée de location et l'existence d'un véritable "pouvoir de commandement de l'employé" permettant au locataire "d'assurer la maîtrise et la [illegible] opérations de conduite, de son fonctionnement et de la sauvegarde [illegible]" (3).

---

(1) [illegible]

(1 bis) Voir cependant Com. [illegible], Bull. [illegible]. Cet arrêt peut être critiqué dans la mesure où il n'établit aucune distinction dans les fautes de l'employé. Celles résultant d'une incompétence technique devraient être à la charge du loueur alors que celles résultant de l'exécution d'un ordre malheureux devraient être à la charge du locataire.

(2) Cf. [illegible], Traité II [illegible].

(3) [illegible]

La qualité de gardien est ainsi étroitement liée à celle de commettant (1). Là encore l'appréciation des tribunaux dépend largement des circonstances de fait. Une tendance assez nette se manifeste pour considérer que le loueur reste le commettant (2).

Ces solutions sont logiques. L'existence d'un lien de préposition nécessite un pouvoir de surveillance ou de contrôle. Or dans ce contrat la tendance est de décharger le locataire de toute responsabilité dans le fonctionnement technique du bien et dans sa gestion du personnel. Le locataire ne conserve qu'un pouvoir de direction économique. Il n'est donc pas étonnant que le lien de préposition puisse faire l'objet d'un double rattachement fondé sur la distinction entre utilisation et fonctionnement (3).

Cette responsabilité est très lourde : c'est pourquoi il faut réserver les cas où l'utilisateur ne permet pas au loueur d'assumer la maîtrise technique, parce que son indépendance juridique n'est qu'une fiction.

Ces solutions ne peuvent pas être présentées avec une certitude absolue. Les parties disposent en effet d'une grande liberté pour aménager leurs rapports et notamment pour limiter ou accroître les obligations du locataire.

II. Les obligations du locataire

329. Elles sont essentiellement au nombre de deux : collaborer avec le fournisseur et payer le prix.

---

(1) Cf. [illegible] note du D. [illegible] : A. [illegible], op. cit. p. [illegible] n° [illegible].
(2) Dans ce sens Cass. Civ. [illegible] décembre [illegible] Bull. Civ. II p. [illegible] ; Cass. Com. [illegible] [illegible] n. [illegible] : Cass. Crim. [illegible] novembre [illegible] [illegible] qui considère que [illegible] par l'entreprise de travail [illegible] reste son préposé. Contra Cass. Com. [illegible] janvier [illegible] Bull. [illegible].
(3) Voir A. [illegible], op. cit. [illegible], et Cass. Civ. [illegible] juillet [illegible] B.T. [illegible].

a) L'obligation de collaboration

330. Elle se manifeste dès la phase des pourparlers (1). Le client doit informer le fournisseur de sa situation et de ses besoins afin que ce dernier puisse raisonnablement exécuter son obligation de conseil. La collaboration doit se poursuivre tout au long de l'exécution du contrat. Le locataire est d'abord tenu de prendre livraison. Lorsque cela est nécessaire il doit prévoir et installer les aménagements utiles en se conformant aux prescriptions et conseils du loueur (2), qui peut exercer son contrôle sur les conditions d'exécution de ces infrastructures.

331. L'autorité du loueur se manifeste encore après la livraison. Le locataire doit utiliser le bien et se conformant aux prescriptions d'utilisation du distributeur. Il doit en permanence permettre au loueur d'exercer sa mission technique, et l'avertir de tout incident de fonctionnement.

En cas de litige, il sera souvent difficile de déterminer la responsabilité précise de chacun des deux partenaires. Il est malaisé de faire la part de la mauvaise conception et de la mauvaise exécution. En raison de l'obligation de maintenance pesant sur le loueur, la responsabilité du locataire ne peut être engagée que pour faute prouvée (3).

Il est vrai que l'utilisateur est tenu d'une obligation de restitution en fin de contrat, et ce devoir est présenté généralement comme constituant une obligation de résultat. Mais au fait de [illegible] particuliers assurés par ce distributeur, la restitution d'un bien [illegible] ne suffit pas pour présumer la faute du locataire. Il appartiendra au loueur de prouver que le dommage provient de la négligence de son partenaire.

---

(1) Voir [illegible]
(2) Voir [illegible]
(3) Cf [illegible]

L'étendue des obligations du distributeur explique les prix élevés de ce mode de distribution.

b Le paiement du prix

332. Le prix est en principe forfaitaire. Il s'agit d'un des intérêts du contrat : le client peut déterminer exactement le coût de son investissement. Ce prix comprend la rémunération du droit d'usage, ainsi que le coût de l'entretien et des réparations exigées par un usage normal du bien.

Un crédit d'heures d'entretien est accordé au client. Il est partiellement remboursé s'il n'a pas été totalement utilisé. En cas d'utilisation abusive du bien, le coût de la réparation incombe totalement au client. Par contre il bénéficie souvent de réduction de prix pour toute la période où la machine en panne est inutilisable.

Le prix est normalement prévu compte tenu d'une certaine durée d'utilisation. Au-delà des suppléments sont dûs prorata-temporis. Le paiement est fractionné en loyers payables d'avance, généralement tous les mois.

333. La fixité du prix ne peut cependant pas être absolue. Les contrats prévoient toujours que la modification de la réglementation fiscale sera répercutée sur le client, ainsi que les hausses du coût de la main d'oeuvre.

Ces clauses ne posent aucun problème. La hausse provient en effet d'une décision étatique (hausse du S.M.I.C., taxe nouvelle ou tout au moins ne dépend pas directement de l'employeur (signature d'une convention collective).

334. En revanche, les clauses se référant à une modification de "la main-d'oeuvre" sont beaucoup plus contestables car elles sont purement potestatives.

---

1 Voir supra n° ...

[illegible] un contrat [illegible] un contrat à durée indéterminée [illegible] Elles ne sont alors qu'une manifestation [illegible] contractant [illegible] l'autre partie [illegible] du contrat [illegible] résiliation. Il est cependant certain que le refus [illegible] d'accepter le nouveau prix ne constitue pas une résiliation du contrat de son fait. La résiliation est le fait de la partie ayant prétendu modifier les conditions du contrat.

Le non paiement du prix est souvent sanctionné par le jeu d'une clause pénale, couvrant l'ensemble des mensualités à courir [1]. La validité de ces clauses longtemps discutée ne fait plus de doute à jourd'hui [2], mais leur [illegible] conduit le législateur à modifier les articles [illegible] et [illegible] du code civil afin de permettre au juge de faire varier la clause pénale avec l'importance de l'inexécution [3].

[illegible], [illegible] clauses augmentent très sensiblement le coût du contrat, [illegible] intéressant pour le locataire [illegible] d'un service [illegible], service qui modifie profondément la physionomie de ce louage

---

[1] [illegible] des contrats à durée déterminée. Dans les [illegible] la résiliation est possible à tout moment [illegible]

[illegible] Alfonderi, Le [illegible] clauses pénales par le juge [illegible]

à tel point que dans certains cas la nature juridique de l'opération se trouve modifiée (1).

Le phénomène technologique conduit à la transformation des concepts juridiques classiques. Il permet parfois des regroupements inattendus, les contrats portant sur des biens techniques acquièrent ainsi une originalité certaine (2). Il est normal de s'interroger à la [illegible] de l'élaboration de nouvelles techniques contractuelles (3) ne dessine pas l'ébauche de nouvelles catégories juridiques.

B L'émergence de nouvelles catégories : la qualification du Renting

356. Dans le "Renting" le loueur fournit d'abord des services annexes : le service de maintenance. Il fournit aussi des services intellectuels : [illegible] de conseil ou d'assistance technique. Dans certains contrats portant sur des biens de très haute technicité l'importance de ces services et prestations est considérable. La location tend alors à s'intégrer dans un ensemble contractuel plus vaste et s'apparente à une opération d'ingénierie.

La technicité des biens distribués a une autre conséquence. L'utilisateur recherche l'usage de la chose. L'acquisition de la propriété n'est plus recherchée en elle-même dans la distribution de biens techniques. Le contrat n'a pas pour objet de transmettre des droits mais de fournir un certain nombre de fonctions assurées par le bien (4).

---

1 Voir supra n° 315.

2 P.G. Jobin, Les contrats de distribution de biens techniques, thèse précitée.

3 Cf. Actualités du droit de l'entreprise, Montpellier (?) [illegible], Nouvelles techniques contractuelles, op. cit.

4 [illegible]

La naissance de [illegible] sur l'utilité des biens se superpose et se substitue parfois à la classification traditionnelle des droits réels. Cette nouvelle répartition des pouvoirs exercés sur les choses sans transfert ni démembrement de la propriété, pose à l'égard des tiers de délicats problèmes.

Le facteur technologique invite, en définitive, à s'interroger aussi bien sur les classifications des contrats que sur celle des droits.

a) <u>Location et ingénierie</u>

337. L'ingénierie (1) est une activité intellectuelle, consistant essentiellement à "vendre" des études et de l'assistance technique (2).

Ces prestations sont présentes dans la location de biens de très haute technicité, tels que les équipements informatiques. Les obligations d'information de conseil, et d'assistance y sont considérablement développées avant même la formation de la convention (3) et pendant toute son exécution (4).

---

(1) Voir supra n° 254 et ss.
(2) M.F. [illegible], Contribution à l'étude juridique d'un contrat de conseil ; R.T.D., Civ. 1971, p. 5 et ss, n° [illegible]
(3) Voir parmi une importante [illegible] : [illegible] contrat de [illegible], [illegible] ; [illegible], La sanction de [illegible] R.T.D. Civ. [illegible] ; [illegible], A propos des contrats d'[illegible] fourniture [illegible], [illegible] dans la formation des contrats, art. précité p. [illegible] et ss. Voir l'affirmation de ce devoir de conseil pour le vendeur de matériel informatique. Paris 15 mai 1976 J.C.P. 1976.II.18265 n. Boitard et Dubarry.
(4) [illegible] contrats [illegible]

Le fonctionnement d'un ordinateur ne nécessite pas que des soins matériels. L'entreprise doit être adaptée à la machine. Le loueur professionnel ne peut donc se limiter à livrer un bien. Il doit s'assurer que le client pourra l'utiliser correctement.

Son devoir commence avant la formation du contrat. Il doit s'assurer pendant les pourparlers des besoins exacts de l'utilisateur. Des études préalables sont en conséquence nécessaires pour déterminer le matériel le plus adéquat ainsi que les aménagements matériels et humains que l'entreprise cliente devra subir, et pour permettre aussi d'apprécier approximativement le coût de ces transformations. Ces préétudes sont donc un élément essentiel de l'offre des contrats. Leur mauvaise exécution pourrait entraîner la responsabilité extra contractuelle du fournisseur et éventuellement l'annulation du contrat pour erreur sur la substance dans la mesure où le bien ne correspondrait pas aux besoins exprimés par le client [1].

338. L'obligation de conseil du fournisseur est toute aussi importante après la formation du contrat. La mise en place d'un matériel informatique suppose toujours une période d'adaptation et de formation du personnel. Le fournisseur doit pouvoir offrir l'assistance technique nécessaire au fonctionnement du matériel et à la bonne insertion de l'équipement dans l'entreprise.

Il est certain que le client peut préférer s'adresser pour toutes ces prestations à une société spécialisée. Le contrat de location sera alors très dépouillé et se limitera à une mise à la disposition d'une chose et à sa maintenance. Mais le fournisseur doit pouvoir offrir ses services et doit s'assurer que le client est apte à résoudre ces problèmes.

---

[1] Voir supra n° 159 et [illegible].

[illegible] Flammarion [illegible] I.B.M. [illegible] avoir [illegible] les besoins [illegible] Flammarion. [illegible] pas [illegible] très bons résultats, malgré l'intervention [illegible] ingénieurs. Flammarion reprochait notamment à I.B.M. de lui avoir fourni un matériel de capacité insuffisante (1). Le Tribunal de Commerce de Paris reconnut le principe de responsabilité d'I.B.M., mais largement atténuée par la "gratuité" des services fournis pour mettre en état l'installation. Il condamna I.B.M. à 1 franc de dommages et intérêts. La Cour de Paris dans son arrêt ne reprend pas les arguments du Tribunal sur la gratuité des services rendus mais fait une étude très détaillée des obligations des parties et, avant dire droit, ordonne une expertise afin de déterminer les dommages réellement subis et leurs causes.

[illegible], pour la Cour, les prestations et l'assistance technique sont des obligations juridiques essentielles et inhérentes à l'opération de fourniture de matériel informatique. Les études préalables au contrat sont les éléments indispensables d'une offre correcte. Elles doivent servir à déterminer le matériel adéquat et permettre une information complète du client sur les risques courus par l'insertion d'un équipement informatique dans l'entreprise (1). Le constructeur doit en définitive mettre le client en mesure d'optimiser le rendement du matériel proposé, [illegible] convention, le "bonus dolus" qui consiste, pour reprendre l'expression du Tribunal "à déclarer sans nuance que l'équipement mécanographique apporte aux problèmes examinés une solution rapide et

(1) [illegible]

(1) [illegible] Tribunal [illegible] I.B.M. [illegible]

sûre est une faute susceptible d'engager la responsabilité de [illegible]

[illegible]. Le Tribunal [illegible] Au contraire, la Cour de Paris voit dans cette intervention l'effet d'une obligation juridique accessoire au contrat de location, résultant d'un échange de correspondance entre les parties.

[illegible] il résulte de l'arrêt que les prestations [illegible] études [illegible] du système, propositions de modifications [illegible] considérablement dépassé [illegible] dans [illegible] l'échange de correspondance [illegible] formation du personnel essentiellement. La Cour ne voit pourtant [illegible] il, avec raison, la fourniture d'un service gratuit. Cette [illegible] technique, non prévue expressément, est une obligation essentielle du contrat de fourniture de matériel informatique. Elle n'est que la conséquence nécessaire de l'obligation du loueur de tout mettre en œuvre pour permettre un bon fonctionnement du système. Cette obligation n'est cependant qu'une obligation de moyens. Le fournisseur doit collaborer [illegible] partenaire, non se substituer à lui. Il n'en ressort pas moins [illegible] fourniture de matériel [illegible] devant les services de conseils [illegible] n'apparaissent pas dans les termes exprès du contrat.

[illegible]. L'existence de cette obligation [illegible] par la Cour [illegible] dans une [illegible] Le Tribunal de commerce [illegible] que dans une opération de location de matériel mécanographique, [illegible]

---

(1) Paris 21 juin [illegible] Verdier, [illegible]
(2) Tribunal de commerce de Paris [illegible]

n'avait pas à s'immiscer dans l'organisation de l'entreprise de son client. Au contraire, la Cour considère que ce contrat incluait nécessairement un devoir de conseil d'I.B.M. dans l'organisation des services du client car "le problème d'un bon fonctionnement du service des machines se situe essentiellement au niveau de l'organisation administrative et comptable de l'entreprise de l'utilisateur et nécessite avant tout une parfaite adaptation de cette organisation aux impératifs de fonctionnement de la machine ...".

L'opération de location-entretien tend donc à s'insérer dans un ensemble "relationnel" (1) beaucoup plus vaste. Cet ensemble commence dès la phase des pourparlers. Il est caractérisé par une véritable négociation permanente permettant aux parties d'ajuster leurs obligations au fur et à mesure du déroulement de l'opération.

Le contrat, rédigé et signé, n'est en quelque sorte que le noyau autour duquel s'articule un faisceau de prestations. Ces services, permettent de passer insensiblement de la simple location au contrat d'ingénierie (2).

543. Ces diverses obligations instituées par la pratique, consacrées par les tribunaux, sont le produit de la très grande technicité des matériels distribués. Elles permettent d'améliorer les conditions d'utilisation du bien. La cause de toute opération de distribution de bien technique, n'est plus la chose elle-même, mais son aptitude à obtenir un résultat donné. Le transfert de propriété n'est ni essentiel ni même parfois souhaitable. Seul le transfert de cette aptitude importe.

---

(1) Ce terme barbare, exprime mieux les obligations des parties que celui de "conventionnel". En effet les obligations réciproques naissent dès l'entrée en relations des partenaires et s'intensifient progressivement. Elles [illegible] largement du cadre contractuel.

(2) [illegible]

Une dissociation de pouvoirs entre propriétaire et utilisateur se produit. Cette dissociation peut être source d'erreur pour les tiers, l'apparence créée par l'utilisation ne reflétant plus les droits réels existant sur la chose.

b) Le contrat et les tiers.

344. Les tiers peuvent être "trompés" dans deux circonstances : lorsqu'ils sont "victimes de la chose" et lorsqu'ils croient que le bien appartient au patrimoine du locataire.

[illegible] La garde de la chose et le contrat.

345. Il s'agit de savoir qui, du locataire ou du propriétaire, est le gardien du bien : il est parfois admis que la garde est transférée au locataire. Seul ce dernier peut alors être poursuivi sur le fondement de l'article 1384 al. I (1). Cette solution n'est pas parfaitement satisfaisante. Dans le "renting" le locataire n'a pas la complète maîtrise technique de la chose. La distinction entre garde de structure et garde de comportement (2) peut dans une certaine mesure fournir des éléments de réponse plus précis.

346. Cette distinction jurisprudentielle, très critiquée par la doctrine mérite deux graves reproches. Elle oblige la victime à diviser son recours (3), et elle est illogique car rien ne justifie de considérer comme gardien de la structure le dernier propriétaire et non le fabricant (4).

---

1) Cass. civ. 2e [illegible] juin 1953 D.1954.2[illegible] n.Rodière, J.C.P.1953.II.7825 n. A. Weill.

2) Cass. civ. 2e 5 janvier 1956, J.C.P.1956,II.[illegible] n. [illegible]Savatier ; D.1957 [illegible] n. [illegible] ; [illegible] 2e [illegible] juin 1956 D.1956. [illegible] n.[illegible] ; J.C.P.1956,II.[illegible] n. [illegible].

3) [illegible]

4) [illegible]

Les auteurs diffèrent en ce qui concerne [illegible] de cette jurisprudence (1). Ils [illegible] pour le locataire (2). Cette analyse est [illegible]. Elle est [illegible] lorsqu'elle s'applique aux contrats de [illegible]. Il est impossible d'affirmer que le locataire [illegible] de connaître lui-même le préjudice qu'il peut causer (3), [illegible] que la maintenance du bien est l'oeuvre exclusive du propriétaire et qu'il est interdit à l'utilisateur d'y participer (4). Il faut en outre remarquer que dans certains cas une dissociation des responsabilités peut se produire.

Si la victime peut s'adresser au locataire, elle peut aussi agir directement contre le fournisseur, mais elle doit prouver sa faute. La jurisprudence [illegible] cependant que tout [illegible] d'engager la responsabilité du fournisseur vis-à-vis de son client constitue une faute délictuelle à l'égard des tiers victimes du dommage (5). L'incidence du contrat de location sur les droits des tiers est donc très [illegible]. La notion de garde donne une certaine 'réalité' à la répartition fonctionnelle des pouvoirs sur la chose.

L'importance de ces nouvelles "catégories" juridiques créées par la [illegible] encore plus marquée lorsque les créanciers du [illegible] sur les biens loués.

[illegible] J. Derry, observations à la [illegible]

[illegible] 1er juin [illegible]

[illegible] juin [illegible] précité.

[illegible]

[illegible]

2. [illegible] propriét[illegible].

347. Les créanciers [illegible] débiteur [illegible] entreprise. [illegible] Les créanciers risquent de ne trouver aucune garantie [illegible] leurs créances. Ce problème a attiré l'attention de la doctrine et [illegible] législateur seulement pour les contrats de leasing. Il se pose [illegible] le renting.

Il ne fait pas [illegible] d'un crédit-bail [illegible] droit de [illegible] (1). Il en [illegible] pour le renting, [illegible] le loueur [illegible] droits et de pouvoirs que dans le crédit bail. Peu importe à cet égard qu'une faculté d'achat soit offerte ou non au locataire en fin de contrat [illegible].

Le droit de revendication du loueur [illegible] rôle que joue la propriété [illegible] parties comme "une sûreté [illegible]" [illegible] tion de [illegible]. Cette [illegible].

---

1) Tribunal de commerce [illegible] [illegible] Com. [illegible] obs. [illegible] Houin et [illegible] obs. [illegible] Hémard.
Voir [illegible] Commercial [illegible]
[illegible]
2) [illegible]
[illegible]

348. C'est pourquoi l'ordonnance [illegible] du [illegible] décembre [illegible] a modifié l'article 2 de la loi du 2 juillet [illegible] et a institué une publicité des opérations de crédit bail. Un décret du [illegible] juillet [illegible] a mis en place ce régime [1].

Cette publicité [illegible] doit être effectuée sur un registre tenu au tribunal de commerce où le preneur est immatriculé. Pour les non commerçants, la publicité a lieu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le preneur a son établissement.

A défaut de publicité, le bailleur ne peut opposer son droit de revendication aux tiers, sauf à ceux ayant eu une connaissance personnelle de l'opération.

En outre, le décret du 4 juillet 1972 prévoit une publicité comptable en vue d'assurer une meilleure information des créanciers, à la charge des entreprises commerciales ayant utilisé des techniques de financement. Des sanctions pénales sont prévues en cas de non respect de cette obligation.

---

1) Décret n° [illegible] du 4 juillet [illegible]. J.O. du 14 juillet et [illegible] 1972 [illegible]. Certains auteurs ont de manière peu convaincante essayé de mettre en doute la légalité de ce décret. [illegible] Leyssac, L'obligation de publier les contrats de crédit bail mobilier et son application dans le temps. [illegible] Cet auteur justifie son argumentation sur le fait que la loi oblige à [illegible] pour le rendre opposable aux tiers, alors que le décret prévoit que la non publication rend le droit de propriété inopposable aux tiers. Faut-il rappeler ici [illegible] propriété mobilière, [illegible] vaut titre. L'inopposabilité du contrat revient donc à permettre aux créanciers du détenteur du bien de le considérer comme le propriétaire, de qui a pour conséquence immédiate d'interdire à la société de crédit bail de se prévaloir à l'égard des tiers, de son droit de propriété.

2) Sur ce régime voir C. Gavalda, Le crédit bail, article précité n° [illegible] et [illegible].

349. Il est regrettable que ce régime, aussi imparfait soit-il, ne concerne pas le renting qui peut tromper aussi gravement les tiers (1). Les entreprises de renting ont cependant institué une certaine publicité par l'apposition de plaques de propriété sur les machines louées, mais cette mesure est peu accessible aux tiers. Elle a en outre peu de portée car son absence ne suffit pas à faire échec au droit de revendication du loueur (2). Le seul intérêt de cette apposition est de permettre au propriétaire du meuble de s'opposer au privilège du bailleur d'immeuble.

Le propriétaire de matériel peut donc difficilement s'opposer aux fraudes du locataire. Il n'a alors comme solution que d'avertir personnellement les tiers intéressés. Or, ces palliatifs sont nettement insuffisants. Il est très regrettable que le législateur n'ait pas pris conscience de la "réalité" du droit conféré au preneur dans le renting, alors qu'il l'a consacrée dans le crédit bail.

350. Les services accompagnant cette technique d'investissement ont apporté de profondes modifications aux conceptions juridiques classiques.

Par l'existence de ces services, matériels et de personnel, le renting est plus qu'une technique d'investissement. Il peut aussi être considéré comme un service de gestion.

---

1) cf. C. Gavalda article précité n° 70 et [illegible].
2) T. Com. La Rochelle 2[illegible] juin [illegible] précité.

§ 2 - [illegible]

77. Les [illegible] et diverses. Elles [illegible] toutes les fonctions [illegible] à la vie d'une entreprise : [illegible], marketing, comptabilité, recrutement et gestion du personnel, etc... (1).

Il est impossible, et à la limite sans intérêt, d'en dresser une liste exhaustive. Deux grandes catégories se présentent cependant. Il existe des services de gestion matérielle, dispensant le bénéficiaire de réaliser certaines opérations complexes, et les services de gestion du personnel, permettant de rendre moins rigide ce poste important (2).

1) Les services de gestion matérielle.

78. Il [illegible] question ici de quelques contrats dont l'importance [illegible] spécificité et l'originalité : le factoring et la domiciliation des sociétés.

L'intérêt du factoring réside dans la diversité et la plénitude des services [illegible]. Cette opération, en outre, emprunte à des secteurs [illegible] : [illegible] financière et gestion matérielle. Les techniques [illegible] originalité et [illegible].

La domiciliation [illegible] intérêt [illegible] traditionnelles [illegible].

---

(1) [illegible]

(2) [illegible]

A. Le factoring (1).

[illegible]. D'origine anglo-saxonne, le factoring est d'abord un moyen de financement à court terme (2). Mais il est ensuite et même surtout [illegible] de gestion commerciale (3). En effet, le factoring peut [illegible]

---

(1) [illegible] nouvelle forme d'aide à l'exportation, Banque 1964, [illegible] ; Le [illegible] ouvrage collectif [illegible] ; [illegible] ; [illegible] factoring [illegible] ; [illegible] internationale [illegible] ; [illegible] factoring [illegible] Rives-Lange [illegible] factoring [illegible]

(2) [illegible] jamais [illegible] plus [illegible] factoring [illegible] subrogation conventionnelle [illegible] Commerce [illegible] et Tribunal de Commerce [illegible] 11 [illegible] sur [illegible] de la subrogation au débiteur : Paris 23 [illegible] J.C.P. [illegible] com. [illegible]

(3) [illegible]

même si le contrat ne comporte aucune fourniture de crédit. La présence de services de gestion est au contraire indispensable à l'existence du factoring. Avant d'étudier les obligations juridiques des parties, il importe de relever l'importance et l'étendue de ces prestations.

1. Le service de gestion.

354. Le contrat met en présence trois partenaires. Le fournisseur (adhérent) s'engage à transmettre des créances de fournitures (1) au factor qui s'engage à payer à une date déterminée (2) le montant de ces créances diminué des frais et de la commission (3), et qui assure à l'échéance le recouvrement de ces factures. Le client du fournisseur ne peut payer qu'entre les mains du factor.

Cette opération n'est possible financièrement que si le factor est assuré d'obtenir l'encaissement des créances du fournisseur. C'est pourquoi les contrats prévoient toujours une durée minimum d'exécution et une clause d'exclusivité et de globalité. Le factor se ménage en outre le droit d'approuver les créances, d'autre-part de "filtrer" les clients du fournisseur.

---

(1) Il est intéressant de noter que le factoring s'est développé dans les pays où la pratique du crédit interentreprises était très répandue, notamment aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne, en France.

(2) Le factor ne doit pas attendre l'échéance pour payer le fournisseur. Il s'engage par un contrat au préalable à payer dès la remise de la facture, sous déduction des frais et commissions. Ainsi le fournisseur peut disposer immédiatement de la trésorerie qui lui est nécessaire pour financer son activité.

355. Le caractère global de la convention de factoring donne la mesure de l'importance et de l'intérêt des services commerciaux fournis. Le factor assure d'abord le recouvrement des créances du fournisseur. Ce service est fourni pour toutes les créances et pas seulement pour celles qui ont été approuvées, [1] et conduit souvent le factor à se substituer au service contentieux de l'adhérent.

Subrogé dans les droits de ce dernier, le factor est nécessairement amené à tenir sa comptabilité clients. La tâche du fournisseur est ainsi très simplifiée. Il n'a plus à tenir qu'un compte client, celui du factor. Il est en outre assuré de la solvabilité de ce dernier. L'adhérent peut alors rationaliser ses méthodes de gestion et se consacrer entièrement à ses fonctions de production. En outre, ce service fourni par un spécialiste est souvent de meilleure qualité et plus rentable que s'il était assuré par le fournisseur lui-même. Les factors peuvent en effet adopter des méthodes modernes de gestion et acquérir du matériel informatique, coûteux, mais efficace.

Le fournisseur n'a plus à recruter et à gérer le personnel correspondant. Ces employés spécialisés et qualifiés sont coûteux et peuvent être difficiles à recruter [2]. L'adaptation du service aux variations d'activité se fait aussi sans problème pour le fournisseur.

356. L'importance des fonctions assumées par le factor conduit souvent ce dernier à devenir le conseiller permanent de l'adhérent.

---

1) Dans cette hypothèse, le factor n'est pas subrogé dans les droits du fournisseur, il est uniquement son mandataire.

2) En Allemagne, les factors ont un moment proposé de fournir un service complet de facturation sur ordinateurs. Ce service n'a pas connu de grands développements en raison du surequipement en ordinateurs des entreprises [illegible].

rapports de l'adhérent avec ses clients, C'est pourquoi il doit agir avec prudence et conformément aux [illegible]. Il ne doit pas, par exemple, recourir [illegible] (1 bis). L'adhérent doit [illegible] le client, [illegible] son partenaire, [illegible] client, [illegible] (1).

L'activité du factor [illegible] la facturation par exemple dont la [illegible] peut [illegible] l'adhérent. Le factor doit être [illegible] responsable [illegible]. Dans [illegible], il faut donc admettre que le factor est tenu d'une obligation de résultat.

[illegible] Les obligations du factor ne [illegible] pas [illegible] la subrogation. Le factor agit [illegible] service [illegible] les factures non acceptées comme mandataire de l'adhérent. Il [illegible] tenu à la prudence et à la diligence de tout mandataire salarié, il doit informer son mandant [illegible] (2) et doit se comporter en bon père de famille (3).

Au delà de ces obligations de prudence et de diligence, le factor est tenu d'une obligation de fournir le conseil. Elle est un objet essentiel du contrat. Le factor assure un service d'information de ses clients, service qui est particulièrement important dans le factoring à l'exportation.

(1 bis) comp. avec les pratiques actuelles de certaines sociétés de recouvrement voir Le Monde 9 juillet [illegible]. Libération 8 juillet [illegible].

(1) C. Gavalda et Stoufflet article précité n° [illegible] et [illegible].

(2) Cass. civ. 30 octobre 1893 S. [illegible].

(3) Cass. req. 21 janvier [illegible] D.P. [illegible] ; Planiol et Ripert t, XI par R. Savatier n° [illegible].

Le factor en communiquant des informations erronées engagerait sa responsabilité envers son co-contractant et envers les tiers. Ses devoirs sont comparables à ceux du banquier (1). Il est même possible d'exiger du factor une plus grande qualité des informations transmises. La connaissance de ces renseignements est en effet un des aspects essentiels du factoring. La garantie de bonne fin assurée par ce professionnel repose en effet sur ces renseignements. La diligence exigée de ce dernier peut en conséquence être assimilée à celle exigée des agences de renseignements commerciaux (2).

360. La faute du factor sera donc sanctionnée sur le fondement des principes généraux de la responsabilité contractuelle. Une autre forme de sanction naîtra du simple jeu des mécanismes du factoring. Le factor sélectionne les factures et garantit la bonne fin de ces dernières. L'appréciation erronée des qualités d'un client du fournisseur aura pour conséquence normale l'approbation des factures et la garantie de la bonne fin de créances contre un débiteur insolvable.

361. L'obligation de conseil du factor, est non seulement un objet de la convention mais elle est aussi un des moyens de son exécution. L'adhérent doit être informé des modalités de réalisation des différentes phases de l'opération. En pratique le factor envoie régulièrement des notes de gestion, ou des instructions à l'adhérent.

Ces conventions sont complexes et coûteuses. Elles peuvent entraîner de profondes transformations dans les habitudes et dans les mentalités des futurs adhérents. Ces derniers doivent connaître avec précision la

---

(1) Sur la responsabilité du banquier voir J. Vezian, La responsabilité du banquier, bibliothèque de droit de l'entreprise, Librairies techniques 1974 nº 301 et la bibliographie citée, Adde C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit de la banque, Themis 1974 nº [illegible] et ss.

(2) Cass. Com. 30 janvier 1974 [illegible] n, Tendler, Confirmant Lyon [illegible] octobre [illegible] n. Tendler et J.C.P. [illegible] n, R. Savatier.

portée de leurs engagements. L'obligation de renseignement doit donc commencer avant même la formation du contrat. Elle est une obligation de moyens.

La faute précontractuelle du factor sera normalement sanctionnée sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil. Elle pourra éventuellement entraîner l'annulation de la convention pour erreur ou dol (1). La faute contractuelle sera sanctionnée sur le fondement des principes généraux de la responsabilité contractuelle. L'exécution correcte de cette obligation n'est cependant possible qu'avec la collaboration active de l'adhérent.

b) Les obligations de l'adhérent

362. La contrepartie des services fournis se traduit par deux obligations essentielles : collaborer avec le factor et payer le prix.

1) L'obligation de collaboration

363. Ce contrat est un contrat d'adhésion. L'équilibre financier du factor exige une gestion identique de tous les contrats. En dépit de ce caractère, l'intuitus personae y joue un rôle essentiel. L'adhérent doit accepter de s'adapter aux mécanismes très particuliers de cette opération. Il doit se soumettre aux consignes du factor et modifier ses services comptables et commerciaux, en fonction de la nouvelle répartition des tâches impliquées par le contrat. Il y va d'ailleurs autant de son intérêt que de celui du factor. Il doit surtout faire en sorte que son client paie directement le factor. Cette obligation se manifeste concrètement par l'apposition d'une mention, sans formalisme spécifique, sur les factures envoyées au client (2). S'il

(1) J. Schmidt, La faute précontractuelle, article précité. Adde nos observations supra nº 259 et ss.

(2) Paris 23 janvier 1970 et 21 janvier 1970 J.C.P. 1971.II.16837 M. Gavalda. Cette mention doit cependant être suffisamment claire et apparente, Cass. Com. 14 octobre 1975. Bull. IV.274 J.C.P. 1976.II.18379 obs M. Gavalda.

est malgré tout payé par le client, l'adhérent doit immédiatement rembourser le factor. Il doit enfin indiquer à ce dernier toutes les circonstances de nature à empêcher le paiement des créances à l'échéance : retards de livraison, défectuosités, etc...

Contrat complexe, le factoring est caractérisé par la grande variété des services fournis. Ces caractères se retrouvent dans les divers éléments du prix.

2 Le prix

364. La rémunération du factor comprend d'abord les agios, c'est-à-dire la rémunération du crédit consenti. Elle comprend ensuite la rémunération spécifique du factoring, constituée par une commission qui couvre les risques du crédit et les services commerciaux [1]. En conséquence si le factoring est normalement soumis à la loi du 28 décembre 1966 sur l'usure [2] le calcul du taux effectif global ne doit pas comprendre la rémunération de ces prestations [3].

Le coût du factoring est sans aucun doute élevé et accroît sensiblement les charges variables d'une entreprise. Son intérêt réside dans la diminution corrélative des charges fixes [4]. Il en est de même de la domiciliation des sociétés.

3 La domiciliation de sociétés [5]

[illegible], ces contrats consistent à fournir à des entreprises artisanales, indus-

---

[1] C.N.C.F. Le factoring op. cité p. [illegible] et [illegible].
[2] [illegible] C. Gavalda et Stoufflet, La limitation du taux d'intérêts conventionnels par la loi n° [illegible] du 28 décembre 1966 sur l'usure. [illegible] n° [illegible].
[3] C. Gavalda, Le factoring [illegible] n° [illegible].
[4] [illegible] Le factoring [illegible].
[5] [illegible], L'opération de domiciliation de sociétés. [illegible]

trielles ou commerciales une adresse, en évitant à ces dernières les frais d'un bail commercial et en limitant leurs dépenses de personnel de secrétariat (1). Ces contrats sont particulièrement utiles à certaines sociétés de services dont l'activité ne nécessite ni stocks ni matériel (2).

Ces prestations sont fournies parfois par des particuliers ou par des banquiers acceptant de domicilier certaines personnes pour une activité donnée. Dans ces hypothèses, la domiciliation n'est généralement qu'un aspect de relations contractuelles plus vastes (3), sauf en cas de fraude.

366. Depuis quelques années, se sont aussi constituées des agences spécialisées dans cette activité (4). Des contrats de domiciliation purs sont en conséquence apparus ; ils prévoient la fourniture d'un certain nombre de services spécialisés, destinés à libérer l'entreprise cliente de certaines charges de gestion et à lui procurer une plus grande souplesse. Si la définotion des services et la nature juridique du contrat ne posent pas trop de difficultés, l'effet de cette division des tâches, assumée par une entreprise écran, pose des problèmes délicats.

I. Définition et nature juridique de la convention de domiciliation

367. Cette convention peut comporter plusieurs degrés. Certaines prestations sont nécessaires, d'autres ne sont qu'accessoires. La prestation essentielle de l'agence est la fourniture d'une adresse que le client pourra utiliser dans ses rapports avec les tiers. Lorsque l'adresse fournie est utilisée com-

---

(1) Y. Reboul, article précité nº 1 et ss.
(2) Y. Reboul, art. précité nº 3.
(3) Voir pour la domiciliation chez un banquier : C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit de la banque, Thémis D.U.P. [illegible] nº [illegible] en matière de contrôle des changes, nº [illegible] en matière de compte de dépôt, nº [illegible] pour le financement des exportations et nº [illegible] en matière d'[illegible] de commerce.
(4) Y. Reboul, art. précité nº [illegible]

me siège social l'agence doit en outre fournir les services adaptés à ce rôle (1).

366. La fourniture d'adresse nécessite la présence de services permettant au client d'entrer en relation avec les tiers : réception, conservation et distribution du courrier notamment (2). D'autres services sont fréquemment fournis : ligne téléphonique, permanence téléphonique, secrétariat, telex, service de traductions, parfois même comptabilité, tenue de livres, etc... (3). Toutes ces prestations supposent l'existence d'obligations de résultat à la charge de l'agence (4).

369. L'agence met aussi des bureaux à la disposition de ses clients lorsque ceux-ci en éprouvent le besoin (5). Ce service supplémentaire peut être fourni pour de simples raisons techniques, nécessité de recevoir des clients par exemple, mais il est souvent réclamé pour des motifs juridiques, lorsque l'adresse doit servir de siège social. Dans ce cas en effet, les règles de fonctionnement du registre du commerce imposent au requérant de "présenter un titre juridique justifiant d'une jouissance privative du ou des locaux où il exerce ses activités (6).

En règle générale, cette prestation est fournie dans le cadre de contrats formellement indépendants de la fourniture d'adresse, mais qui lui sont substantiellement liés. En particulier, les termes sont identiques dans les deux contrats (7). L'unité de ces conventions a une incidence sur leur nature juridique.

---

1) Y. Reboul, art. précité nº 12.
2) Y. Reboul, art. précité nº 5.
3) Idem
4) Idem
5) Y. Reboul, art. précité nº 29 et 30. Cette prestation ne peut pas ne pas être rapprochée de la technique de la domiciliation [illegible]
6) Art. 30 décret du 30 mars 1967 relatif au registre du commerce.
7) Y. Reboul, art. précité nº 7.

370. Il ne fait aucun doute que la convention d'airesse stricto-sensu est un contrat d'entreprise, l'agence fournissant un travail déterminé de manière indépendante (1). La difficulté concerne la convention de mise à la disposition des bureaux. Pour certains auteurs, cette mise à la disposition d'un local ne peut être qu'un contrat de louage d'immeuble (2) soumis aux règles générales du bail, mais échappant aux règles spécifiques des baux commerciaux en raison de la précarité du droit du preneur (3). Cette thèse ne peut être retenue.

371. Même si l'on n'envisage que la convention de mise à la disposition de bureaux, plusieurs points essentiels la distinguent d'un louage d'immeuble.

Le client n'a pas la libre disposition des bureaux. Son droit est intermittent. De nombreuses entraves sont apportées à la libre jouissance des locaux. Le soin de les meubler et de les entretenir appartient à l'agence en raison de la multiplicité des utilisateurs. Les clients ne peuvent évidemment apporter aucune modification à l'état des lieux (4). La fourniture de bureaux suppose donc nécessairement la mise en oeuvre de services d'entretien et de surveillance.

Le local lui-même répond à une destination précise et il est aménagé spécialement en fonction de cette destination par l'agence (5). Cette mise à la disposition peut être comparée sans déformation à des conventions

---

(1) Y. Reboul, art. précité nº 6.
(2) Idem nº 32.
(3) Idem nº 39 et ss.
(4) Y. Reboul, art. précité nº 40.
(5) Voir infra nº 786 et ss. La jurisprudence en matière de droit économique sur location d'immeuble et prestations de services ainsi que la jurisprudence fiscale.

comme le contrat d'hôtel (1) ou le contrat de garage (2) ou encore les contrats dits de "time-sharing" (3) qui consistent en une "location" partagée d'ordinateurs. Dans tous ces cas le prestataire fournit un certain nombre de services. L'immeuble - ou le meuble - reste en permanence sous son contrôle et il n'est mis à la disposition des clients que de manière temporaire ou parcellaire. Ces prestations matérielles ne constituent en définitive qu'un moyen parmi d'autres de réaliser un ouvrage déterminé. Or tous ces contrats ne sont pas considérés par la jurisprudence et par la doctrine (4) comme des locations d'immeubles. Il doit en être de même de la fourniture de bureaux.

Ces conventions de domiciliation se rattachent en réalité à des variétés de contrats d'entreprise dont l'objet comporte aussi la mise à la disposition d'une chose, incorporant un certain travail du prestataire : aménagement, mais aussi entretien, remise en état, etc...

372. En outre ces conventions de domiciliation ne peuvent être envisagées isolément. Il est nécessaire de les rattacher à la convention dont elles dépendent étroitement : les contrats d'adresse commerciale. Ces deux opérations forment en effet un groupe de contrats indissociables. Peu importe à cet égard que les deux conventions soient formellement détachées. La convention de domiciliation ne pourrait exister sans le contrat d'adresse. Son interprétation est impossible si le contrat principal n'est pas pris en considération. Il existe en réalité un ensemble contractuel indivisible lié par leur cause

---

1 Voir supra n° [illegible] et ss.

2 Voir supra n° 131 et ss. Il est évident que dans le garage l'hébergement offert n'est pas l'hébergement de personne mais de choses. Aussi n'est-il pas question de voir dans le contrat de garage et dans le contrat de domiciliation deux contrats ayant la même nature juridique. Mais ces différences n'empêchent pas que leur situation au regard de la location d'immeuble est très comparable sinon identique.

(3 Cf. supra n° [illegible].

4 Cf. [illegible] contrat d'hôtel, [illegible], Le contrat d'hôtellerie [illegible] [illegible] le contrat de garage [illegible] [illegible]

commune (1). Une telle démarche n'est d'ailleurs pas étrangère à la jurisprudence qui a pu considérer qu'en présence d'ensembles indivisibles, la qualification des divers éléments devait être appréciée en fonction de la finalité globale de l'opération (2). Or ici il ne fait aucun doute que l'ensemble de l'opération a pour seul objet de fournir un service de domiciliation complet. La fourniture de bureaux n'est que le prolongement de la convention d'adresse, qui ne peut en aucun cas être assimilé à un bail d'immeubles et qui constitue une variété de contrat d'entreprise (3). La convention de mise à la disposition des bureaux, simple contrat d'application ne peut qu'emprunter cette qualification.

373. Seule cette qualification permet, en outre, de laisser entrevoir la spécificité de ce contrat, où une série de prestations essentielles sont assumées par un tiers de manière indépendante en se substituant au client. En effet le domicile, pour une société, ne se limite pas à l'existence d'un volume d'air situé géographiquement. Il implique une série d'activités - secrétariat, téléphone, etc... - normalement effectuées par les salariés de l'entreprise. Or dans le contrat de domiciliation ces services essentiels sont fournis par l'agence.

374. En outre, dans la domiciliation traditionnelle des sociétés, l'entreprise bénéficie d'un droit direct sur l'immeuble qu'elle occupe. Sans doute, est-elle souvent non propriétaire, et le droit du locataire n'est qu'un

---

(1) B. Teyssié, Les groupes de contrats, L.G.D.J. 1975 nº 179 et ss et p.98 et ss.

(2) Cass. Crim. 11.12.1968 bull. crim. nº 322 ; D. 69.297 R.T.D. Com. 69.819 obs. Bouzat G.P. 1969.I.196. Il s'agissait en l'espèce d'une entreprise de garage qui exploitait chacune des activités - parc de stationnement, réparation, station service - sous une forme juridique autonome. La Cour Suprême, pour reconnaître à la société exploitant l'immeuble servant de garage, la qualité de garage public a pris en considération l'ensemble des activités, l'indépendance formelle des prestataires ne pouvant masquer l'unité substantielle des prestations.

(3) Y. Reboul art. précité nº 5.

droit de créance dont l'exercice passe nécessairement par la volonté du propriétaire, mais cette analyse ne fait pas disparaître l'existence des droits très forts du locataire commerçant.

D'abord la location a pour objet, dans le domaine limité de l'usage d'une chose de permettre une jouissance comparable à celle du propriétaire, en conférant au locataire d'importantes prérogatives (1).

Ensuite, les droits du locataire sur le bail sont allés en se renforçant à tel titre que l'on parle couramment de propriété commerciale (2) et que la doctrine s'est longtemps interrogée sur le caractère réel du droit du preneur (3).

Ces aspects importants du droit du locataire disparaissent totalement dans le contrat de domiciliation. L'entreprise cliente n'a en réalité aucune liberté d'usage de l'immeuble. Ses droits sont étroitement limités dans l'espace et dans le temps. Et ce n'est pas sans raison que la disparition de cet élément important du fonds de commerce qu'est le droit au bail, a pu provoquer des inquiétudes sur les risques que faisaient courir ce genre de conventions (4).

La constitution d'un écran entre l'utilisateur et le bien utilisé où le travail fourni ne va pas en effet sans poser d'importantes difficultés.

---

(1) Voir par exemple la loi du 12 mai 1965 et la loi du 16 juillet 1971 modifiant l'article 34 du décret du 30 septembre 1953 et édictant la nullité des clauses par lesquelles le bailleur interdit au locataire toute modification d'activité.

(2) Voir H. Blaise, Réflexions sur le pas de porte, in Dix ans de conférences d'agrégation, hommage à J. Hamel p. 339 et ss et particulièrement p. 341 et ss.

(3) Cf J. Derrupé, La nature juridique du droit du preneur à bail. 1952.

(4) H. Guérin, La domiciliation commerciale et le registre du commerce Rev. Sc. Crim. 1962,571 et ss.

II. Les conséquences de la dissociation des fonctions

375. Cette dissociation des fonctions peut souvent être provoquée par une volonté de fraude, ou tout au moins la faciliter. Non seulement, la disparition d'un élément important du fonds de commerce diminue le gage des créanciers (1) mais l'utilisation d'une domiciliation à l'étranger peut permettre la fraude fiscale (2). Mais dans toutes ces hypothèses, la domiciliation n'est pas critiquable en soi, elle n'est qu'un moyen de faciliter des pratiques abusives.

376. Il est des cas au contraire où la dissociation des fonctions crée en soi des difficultés.

Lorsqu'une société veut se faire inscrire au registre du commerce, elle doit justifier de l'existence d'un titre juridique justifiant d'une jouissance privative du ou des locaux où s'exerce l'activité (3). Il est permis de se demander si cette condition est effectivement remplie dans

---

(1) H. Guérin, La domiciliation commerciale et le registre du commerce, précité p. 571 et ss. Il est vrai que le fonds de commerce ne comprend pas le droit au bail commercial, chaque fois que le commerçant est propriétaire de l'immeuble. Mais cette exclusion - purement technique ne diminue en rien au contraire le gage des créanciers. Lorsque le commerçant vend son fonds, il est alors amené, soit à vendre l'immeuble soit à consédér un bail commercial. Dans le cadre des conventions de domiciliation au contraire l'acheteur du fonds n'a aucun droit sur l'adresse.

(2) Ch. Pennera, Les sociétés relais et l'évasion fiscale internationale. J.C.P. (C.I.) 1974.II.11315. L'article 16 de la loi de finances pour 1974 applicable aux redevances payées à des résidents d'un Etat étranger et soumises à un régime fiscal privilégié, peut sans doute permettre de lutter efficacement contre ces pratiques.

3) Art. 20 décret du 20 mars 1967 relatif au registre du commerce.

le bail du contrat de domiciliation. La notion de "jouissance" implique la possibilité de retirer du bien son utilité soit par des actes matériels, soit par des actes juridiques (1). Elle n'implique pas la propriété ni même l'existence d'un droit réel, mais elle suppose la possibilité d'accomplir des actes - dans un domaine limité-comparables à ceux d'un propriétaire. Le locataire remplit bien cette condition, car s'il n'a pas de droit réel il a au moins la détention de la chose louée (2). Or cette détention n'existe pas dans la convention de domiciliation (3)., l'usage de la chose nécessitant une mise à la disposition renouvelée. La condition de jouissance ne semble donc pas remplie.

377. Il est encore plus douteux d'ailleurs que cette "pseudo-jouissance" puisse être qualifiée de "privative" comme l'exige le texte. Cette qualification suppose une certaine exclusivité. La terminologie employée comporte d'ailleurs une analogie certaine avec celle employée en matière de copropriété. La caractéristique des parties privatives dans la copropriété est justement la possibilité de se comporter comme un propriétaire "à part entière". (4), Dans le bail du décret de 1957, il n'est pas exigé un comportement de propriétaire, mais la nécessité d'une jouissance privative implique que le preneur ait la maîtrise exclusive de la détention du lieu de son installation.

Or ce caractère fait manifestement défaut dans la domiciliation. Plusieurs utilisateurs concurrents peuvent avoir l'usage du même bureau. Il en ressort que l'usage même de ce bureau - ne serait-ce que la réception du courrier - suppose toujours l'intervention de l'agence. Le [illegible] n'a aucune possibilité d'agir sur l'agencement des bureaux, leur [illegible], et le fonctionnement des services inclus.

---

1) Cf art. 544 du code civil, et la très remarquable glose du Doyen J. Carbonnier. Droit civil T. 3 nº 45 p. 87 de édition.
2) Cf supra nº 320 ter, Carbonnier Droit civil T. 3 nº 43 p. 148.
[illegible].
4) Carbonnier Droit civil T. 3 nº 60 p. 116.

Les clients des agences n'ont en réalité droit qu'à l'utilisation de services communs. Il semble donc très difficile d'admettre que ces conventions permettent de satisfaire aux exigences de l'article 20 du décret de 1957. Ces conventions peuvent donc avoir une utilité lorsqu'une entreprise veut créer une "antenne", afin d'étendre ses activités. Elles ne peuvent être utilisées comme siège social, ou comme principal établissement (1). D'autres difficultés nées de la dissociation entre l'utilisateur et le prestataire se retrouvent aussi en matière de services de personnel.

§ II - Les services de personnel : le travail temporaire (2) [illegible]

378. Les charges de recrutement de personnel sont élevées. Mais les char-

---

(1) Voir contra Y. Reboul art. précité n° 50.

(2) D'autres formes de services de personnel existent. Ils peuvent être l'accessoire d'une location de meuble (cf supra le renting). Ils peuvent aussi être masqués derrière un contrat d'entreprise. Tel est le cas des services d'entretien et de surveillance, qui sont essentiellement des prêts de main d'oeuvre déguisés. Ils peuvent aussi prendre la forme des services de conseil. Les conseils en recrutement n'assument pas la gestion du personnel. Ils se contentent seulement en principe de conseiller les entreprises en matière de recrutement. En réalité, ils ne se bornent pas à conseiller mais assurent, à la place de l'entreprise, toutes les opérations de recrutement. Cette activité ressemble étrangement à une activité de placement, réservée en principe à un monopole public (art. 1er de l'ordonnance du 24 mai 1945 Cf Cass. crim. 29 avril 1964 J.C.P. 1965.II.14127). La licéité douteuse de ces pratiques ne semble pas gêner le développement de ces officines (Cf Dossiers d'entreprise, Les sociétés de service n° spécial février 1974). Ces questions ne seront plus étudiées ici. Seul le travail temporaire fera l'objet de certains développements ; c'est à partir de cette notion en effet que tend à naître un droit du prêt de main d'oeuvre, ayant vocation à s'étendre à des activités plus traditionnelles.

(3) Sur cette question voir parmi une importante bibliographie N. Catala, le travail temporaire en France, problèmes juridiques. Droit social 1969.233 ; N. Catala, A propos d'un projet de loi : réflexions sur le travail temporaire J.C.P. [illegible] ; Institut de Sociologie [illegible] Travaux du collège de Bruxelles, [illegible] et [illegible] les rapports pour la France de Mme [illegible] et de M. [illegible] ;

ges de gestion de ce personnel sont surtout affectées d'une rigidité croissante due en grande partie au statut des travailleurs que le droit du travail tend à réaliser (1). Ces mesures tant individuelles que collectives permettent d'assurer aux salariés une sécurité d'emploi relative et une expression collective de leurs intérêts (2).

Elles sont dans une large mesure en contradiction directe avec l'intérêt de l'employeur, qui est la recherche de la rentabilité maximum (3). Il est naturel que ce dernier cherche à limiter ces charges, tout en continuant à bénéficier de la prestation de travail ; or l'application des mesures sociales est liée à la qualité juridique d'employeur. La solution est donc de se décharger de cette qualité sur un tiers. Il faut cependant que cette dissociation des qualités juridiques et des fonctions économiques ne soit pas totalement arbitraire. Elle pourrait être autrement considérée comme une fraude à la loi.

379. L'apparition d'entreprises ne recrutant du personnel que pour le mettre à la disposition de tiers ne pouvait que provoquer une certaine méfiance. Ces entreprises semblaient en effet conçues pour tourner la loi (4). Leur licéité était donc contestable. Pour les valider, certains auteurs avaient

---

... G. Lyon-Caen, Les sociétés de travail temporaire en France et dans la C.E.E. D. 1971 ch. 95 ; G. Lyon-Caen et J. Ribettes-Tillhet, Sociétés de travail temporaire et travailleurs temporaires D. 1972 ch. 63 ; N. Catala, jurisclasseur travail Vº Travail temporaire, fasc. 6 bis ; G. Caire, Les nouveaux marchands d'hommes. Etudes du travail intérimaire. Editions ouvrières 1973 ; Liaisons sociales. Le travail temporaire nº spécial mars 1975.

(1) Camerlynck et Lyon-Caen, Droit du travail op. cité nº 23. Adde nos observations supra nº 224 et ss.

(2) Voir supra nº 224 et ss.

(3) Camerlynck et Lyon-Caen, Droit du travail op. cité nº 27.

(4) Un exemple, parmi d'autres, révèle ce caractère. Les contrats à l'essai sont généralement réglementés par les conventions collectives. La période d'essai est presque toujours étroitement limitée dans le temps. Or la loi du [illegible] janvier 1972 permet à l'utilisateur d'embaucher des travailleurs temporaires à la fin de leur mission. Le recours au travail temporaire correspond alors à un véritable "essai" non [illegible] dispositions de la convention collective.

essayé de montrer que ces travailleurs n'étaient pas des salariés (1). La loi du 3 janvier 1972 a tranché cette question, en reconnaissant à ce personnel la qualité de salariés. Mais elle a admis la licéité de cette activité et a essayé de la cantonner à certaines situations particulières (2).

380. L'opération de travail temporaire a pour effet de dissocier la qualité d'utilisateur de celle d'employeur du travailleur. Le premier bénéficie de la prestation indéterminée du salarié. Le second assure les charges administratives et financières de sa gestion. Cette dissociation a pour conséquence de "chosifier" le travail humain, d'en faire une marchandise.

A. Le dissociation des rapports juridiques

381. L'employeur intervient comme un écran entre l'utilisateur et le salarié. Deux rapports juridiques distincts apparaissent. Le premier lie l'employé à l'employeur ; le second lie l'employeur à l'utilisateur.

a) Le contrat de travail

382. La loi qualifie de contrat de travail le rapport liant le travailleur à l'entreprise de travail temporaire. Ce point, discuté (3) n'aurait pas dû faire de doute dès lors qu'était reconnu la double autorité pesant sur le travailleur.

Ce contrat doit être rédigé par écrit et doit comporter certaines mentions obligatoires. Certaines clauses de la convention passée

---

(1) N. Catala - Franjou, A propos d'un projet de loi: réflexions sur le travail temporaire art. précité nº 5 et ss.
(2) Le législateur ne semble pas avoir parfaitement réussi puisqu'il est déjà question de refondre ce texte (Le Monde 3 - 4 mars 1976).
(3) N. Catala - Franjou, A propos d'un projet de loi, art. precité nº 5 et ss.

avec l'utilisateur doivent y être reproduites. Le contrat de travail est dans une certaine mesure un contrat d'application de la convention de mise à la disposition (1). Le formalisme impose aux parties souligne la dissociation des rapports juridiques.

383. Le contrat est conclu pour la durée de la mission, c'est-à-dire de la mise à la disposition de l'utilisateur. Il dépend étroitement du service fourni par l'entreprise de travail temporaire. Cette solution est critiquable. Dans la mesure où le seul employeur est l'entreprise de travail temporaire, il aurait été normal qu'il soit l'employeur permanent du salarié, le contrat étant suspendu entre les missions (2). Le travailleur aurait pu alors être intégré réellement dans l'entreprise dont il dépend juridiquement. Cette solution aurait justifié en outre le paiement d'une rémunération minimum pendant les périodes d'inactivité.

Le législateur n'a pas consacré cette thèse. Mais la solution retenue ne va pas sans poser de problèmes.

Le travailleur et l'entreprise de travail temporaire sont nécessairement en rapports avant que ne commence une mission. Pour pouvoir répondre à la demande, l'entreprise prestataire doit disposer d'une masse de travailleurs en attente. Ces relations précontractuelles se poursuivent entre les missions. La loi est muette sur la nature de ces situations. Une solution possible consisterait à admettre l'existence d'une convention cadre

---

(1) G. Lyon-Caen, J. Ribettes Tillhet art. précité nº 7 et 8.

(2) G. Lyon-Caen, J. Ribettes Tillhet art. précité nº 9 et nº 10. Voir aussi G. Lyon-Caen, art. précité et J. Savatier n. sous Cass. Soc. 11 février 1970 J.C.P. 1970.II.16371, Cf Cass. Soc. 11 février 1971 D.1971.253 J.C.P. 1971.II.16384 dont l'interprétation est délicate mais qui semble admettre le maintien d'un certain lien de droit (en ce sens G. Lyon-Caen art. précité. Contra J. Catala Franjou, jurisclasseur travail art. précité nº [illegible]. En sens contraire, Cass. Soc. [illegible] décembre 1973 J.C.P. 1974.II.[illegible] n. H. Thuillier.

dans laquelle les missions viendraient s'insérer (1). De l'existence de cette convention on pourrait déduire l'obligation pour l'entreprise de travail temporaire de proposer des missions à ses salariés. En tout état de cause, l'entreprise de travail temporaire qui, par négligence, ne propose aucune nouvelle mission, commet une faute quasi délictuelle susceptible d'engager sa responsabilité (2).

Pour résoudre ce problème des temps morts entre les missions, la loi a institué une indemnité de précarité d'emploi. Mais sa nature juridique est controversée. La reconnaissance d'un contrat permanent aurait permis de l'analyser en une véritable indemnité d'attente de nouvel emploi proportionnelle à la durée de cette attente. Mais la solution retenue conforte la position des auteurs qui y voient, une indemnité compensatrice de la perte de l'emploi (3), proportionnelle à la durée de la mission (4).

384. Cette difficulté n'est pas la seule incertitude de la loi. En raison de la discontinuité des contrats de travail, il n'est pas impossible de

---

(1) Sur l'incidence de ces rapports sur le point de départ d'un préavis Cf Cass. Soc. 5 décembre 1974 D. 1975.I.R. p. 5.

(2) En ce sens G. Lyon-Caen et J. Ribettes-Tillhet, article précité nº 11, Contra N. Catala Franjou, jurisclasseur travail, article précité nº 35. Cet auteur considère que l'absence de promesse de contracter expresse s'oppose à l'existence d'une responsabilité précontractuelle. Cette solution, peu nuancée, n'est pas conforme aux solutions dégagées dans les rapports précontractuels en général. (Cf J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle art. précité).

(3) Cette interprétation conduit à considérer que cette indemnité englobe le droit au préavis et les indemnités de licenciement. Cette solution très contestable montre clairement à quel point le travail temporaire a pour effet d'éluder les dispositions protectrices du droit du travail (en ce sens Cass. Soc. 5 mai 1975 D. 1976.20 n. N. Catala; Bull. V,241). Au contraire dans la première analyse cette indemnité se serait cumulée avec les indemnités de préavis et de licenciement.

4, En ce sens, voir le décret nº 74.679 du 14 mai 1974 J.O. du 16 mai J.C.P. 1974.III.44730 qui fixe le taux minimum de l'indemnité de précarité d'emploi.

soutenir qu'une seule journée de "non emploi" entre deux missions suffit à "éviter" que les contrats à durée déterminée (1) deviennent un contrat à durée indéterminée (2). Cette solution logique irait cependant à l'encontre d'une jurisprudence protectrice des salariés (3), et empêcherait les travailleurs temporaires de prétendre à des indemnités de licenciement suffisantes.

385. La loi fait dépendre étroitement le contrat de travail du contrat de mise à la disposition (3 bis). L'entreprise de travail temporaire assume cependant les charges de l'employeur.

Elle sélectionne et recrute le personnel. Un choix malencontreux peut entraîner sa responsabilité, s'il a été exercé sans discernement. Il peut par exemple lui être reproché d'avoir engagé un employé sans qualification ou malhonnête (4).

L'entreprise de travail temporaire assure souvent une certaine formation professionnelle entre les missions. Dans ces hypothèses, des rap-

---

(1) Sur la distinction des missions à durée déterminée et à durée indéterminée voir G. Lyon-Caen et J. Ribettes-Dillhet, article précité nº 5 et N. Catala-Franjou, jurisclasseur travail, article précité nº 31 et ss.

(2) En ce sens N. Catala-Franjou, jurisclasseur travail, article précité nº 36.

(3) Cass. Soc. 23 octobre 1963 J.C.P. 1963.II.13436, Cass. Soc. 17 juin 1964 J.C.P. 1964.II.13738 n. P.H.T. ; Cass. soc. 3 mars 1965 Bull. IV nº 146 comp. Cass. Soc. 8 décembre 1961 J.C.P. 1962.II.12506 n. G.H.C. J. Lyon-Caen, J.H. Camerlynck, Droit du travail, précité nº 142 et s.

(3 bis) Voir Cass. soc. 17 décembre 1975 Bull. V.o16.

(4) Comp. Cass. Crim. 29 novembre 1973 D. 1974.194 n. Dauvergne R.T.D. Civ. 1974.419 obs. Durry. Cass. Civ. 1e 4 janvier 1974 J.C.P. 1974.II.17[illegible] R.T.D. Civ. 1974.[illegible] obs. Durry ; Cass. Com. 28 octobre 1974, Bull. IV [illegible]

ports juridiques étroits sont créés. Faut-il admettre que les parties ont conclu un contrat d'enseignement ? Il est plus simple et plus logique d'y voir une obligation contractuelle découlant du contrat de travail.

L'entreprise de travail temporaire affecte les missions des travailleurs qui peuvent les refuser, mais qui ne peuvent pas les choisir. C'est elle aussi qui licencie "ses salariés", en pratique, à la demande de l'utilisateur. L'entreprise de travail temporaire peut imposer certaines obligations au salarié dans le cadre de son pouvoir de direction, notamment une obligation de confidentialité. La participation à une grève chez l'utilisateur est parfois interdite aussi au travailleur (1).

386. La détermination de l'entreprise responsable des fautes de l'employé est délicate. Pour la jurisprudence, l'employeur habituel reste le commettant à moins que l'utilisateur n'acquiert un droit de contrôle total sur l'employé (2). Le travail temporaire semble rentrer dans cette dernière hypothèse.

---

(1) Ce type de clause est très contestable. D'une part cette interdiction porte atteinte à une liberté publique fondamentale, même si cette interdiction n'empêche pas le salarié de faire grève dans l'entreprise de travail temporaire et si elle est présentée, non comme une limitation du droit de grève, mais comme une condition nécessaire pour que l'entreprise de travail temporaire fournisse convenablement sa prestation à l'utilisateur. Il n'en demeure pas moins en effet qu'en pratique le travailleur temporaire ne peut faire grève que chez l'utilisateur et ces clauses empêchent d'exercer ce droit. D'autre part, les termes de la loi du 3 janvier 1972 semblent prohiber implicitement ces clauses. Cette loi interdit en effet d'employer des travailleurs temporaires, pendant un conflit collectif. En conséquence si un tel conflit naît pendant la mission, cette dernière doit être suspendue. Enfin la loi prévoit que les conditions d'exécution de la mission sont celles de l'entreprise utilisatrice. Les revendications au personnel intérimaire peuvent être exercées par les représentants du personnel de l'entreprise utilisatrice. En conséquence, il est normal d'admettre que le travailleur temporaire peut participer à tous les mouvements revendicatifs se déroulant chez l'utilisateur.

(2) Voir Cass. Com. 16 juin 1966 J.C.P. 1968.II.15930 n. J. Bigot, Comp. Cass. Civ. 20 juillet 1955 J.C.P. 1956.II.9058 n. Savatier.

Pour les tiers, en particulier, le seul employeur est l'utilisateur. La Cour de cassation a cependant admis que l'entreprise de travail temporaire reste le commettant (1). L'inexistence d'un contrat entre l'utilisateur et le salarié joue un rôle important pour la cour suprême. Cette solution formaliste a au moins le mérite de distinguer le régime juridique des entreprises de travail temporaire de celui des bureaux de placement (2).

L'entreprise de travail temporaire assume aussi les charges de l'employeur, en matière de sécurité sociale et de salaires (3).

387. Le personnel intérimaire, enfin, exerce ses droits collectifs dans l'entreprise de travail temporaire. Des règles spécifiques ont dû être aménagées pour permettre le fonctionnement des institutions représentatives du personnel (4). L'exercice collectif des droits des travailleurs risque cependant d'être illusoire, dans la mesure où ce problème est en étroite relation avec les conditions de travail (5). Dans le travail temporaire, par définition, ce rapport n'existe pas.

La dualité d'employeurs pose de délicats problèmes juridiques. Mais elle offre de nombreux intérêts pour les employeurs. Ce système compliqué repose, essentiellement, sur le contrat de mise à la disposition.

---

1. Cass. Crim. 19 novembre 1973 précité.
2. [illegible] Paris 24 mars 1971 cité in rapport n° [illegible] annexe au P.V. du Sénat [illegible] juin 1971 p. [illegible].
3. Sur cette question et ses difficultés d'application, voir N. Catala-Franjou, jurisclasseur travail, article précité n° 74 et ss.
4. Cf N. Catala-Franjou, jurisclasseur travail article précité n° 51 et s. Sur ces difficultés voir G. Lyon-Caen et J. Ribettes-Tillhet, article précité n° [illegible] et s.

b) Le contrat de mise à la disposition

388. L'objet de cette convention est la fourniture de main d'oeuvre. Pour ce faire, l'entreprise prestataire doit proposer certains services déterminés.

Elle doit assurer certaines prestations matérielles de gestion du personnel et elle doit surtout fournir "une potentialité de travail". L'utilisateur désire en effet bénéficier d'une force de travail qu'il pourra utiliser librement sans supporter les charges incombant normalement à l'employeur. L'objet du contrat de mise à la disposition est en définitive d'organiser la dualité d'employeurs (1).

389. Les prestations de gestion de l'entreprise de travail temporaire consistent dans le recrutement, la formation et la gestion matérielle (payement des salaires et des charges sociales, etc...) du personnel. Certains services, en outre, sont fournis indirectement et résultent de la prise en charge des institutions collectives des travailleurs.

L'inexécution de ces obligations peut permettre d'engager la responsabilité de l'entreprise prestataire. Celle-ci est en effet tenue d'une obligation de renseignement et de prévision envers l'utilisateur, que l'entreprise de travail temporaire doit non seulement l'informer des circonstances pouvant nuire à la bonne exécution de la prestation, mais qu'elle doit aussi garantir contre les fautes de l'employé (2). Cette obligation de garantie n'est cependant pas une obligation de résultat et l'utilisateur doit prouver la faute personnelle de l'employé.

---

(1) G. Lyon-Caen et J. Ripertes Tillhet, article précité nº 13.

(2) T.G.I. Paris 24 mars 1971 précité ; Cass. Crim. 29 novembre 1973 précité. Dans ce dernier arrêt le débat avait été placé, à tort, sur le terrain de la responsabilité délictuelle (article 1384 al. 5). Cette qualification erronée ne devrait cependant pas avoir d'incidence sur la règle de fond (en ce sens J. Barry, observations à la R.T.D. Civ. 1974 p. 41 et s.

L'exercice de ces tâches de gestion nécessite la collaboration des deux partenaires. La loi prévoit ainsi que l'utilisateur doit informer l'entreprise de travail temporaire du motif de l'emploi de cette catégorie de personnel, ainsi que des accidents du travail survenus.

390. Ces diverses prestations, bien qu'importantes, ne caractérisent pas le contrat de mise à la disposition. Elles sont seulement un moyen pour réaliser la prestation principale : la mise à la disposition de personnel.

La loi du 3 janvier 1972 réglemente étroitement les conditions de réalisation de cette prestation. Ce contrat ne peut être conclu que dans certains cas déterminés afin d'éviter qu'il ne soit utilisé pour porter atteinte trop ouvertement à certains principes fondamentaux du droit du travail (droit de grève en particulier). Il ne peut y être recouru que pour des tâches non durables. La loi a ainsi implicitement reconnu la nocivité de cette technique juridique au regard du droit du travail.

391. Si le législateur a réglementé ce contrat, il n'a rien dit de sa nature juridique. Or il n'est pas sans intérêt de la connaître pour mieux comprendre le mécanisme de cette opération.

Il ne s'agit certainement pas d'un contrat d'entreprise. L'entreprise de travail temporaire ne réalise aucun ouvrage. Elle se limite à fournir une "capacité de travail" et ne s'immisce pas dans ce travail. Son pouvoir de direction sur le salarié n'est que résiduel et est subordonné à l'intervention de l'utilisateur.

Ces caractéristiques permettent de distinguer le travail temporaire de certains contrats voisins. Dans les contrats de nettoyage ou de surveillance, le prestataire envoie aussi du personnel chez l'utilisateur. Mais ces employés ont une tâche déterminée à remplir et l'utilisateur n'a pas à s'immiscer dans son exécution. L'employeur originaire ne perd pas son pouvoir de direction.

La distinction n'est cependant pas toujours aussi tranchée. Le personnel d'exécution et celui d'encadrement travaillent souvent en permanence chez l'utilisateur. L'équipe de travail ne connaît que ce dernier qui, en pratique, a autorité sur lui. Dans ces hypothèses, il est nécessaire de requalifier le contrat en prêt de main d'oeuvre.

392. Le prêt de main d'oeuvre n'est pas une sous-location dans la mesure où les services du locateur ne sont jamais fournis à l'entreprise de travail temporaire (1). La seule qualification possible est celle de cession de créance (2). L'entreprise de travail temporaire (cédant) cède la créance de travail qu'elle a contre l'employé (débiteur cédé), à l'utilisateur (cessionnaire).

Cette qualification permet de comprendre pourquoi l'entreprise de travail temporaire est le seul employeur. Il n'y a pas cession de contrat mais il s'opère exclusivement une cession de créance. Il est normal dans

---

(1) La sous location de service suppose que le travailleur soit le salarié d'un salarié. Cette situation peut être "détectée" dans certains contrats de pompistes de marque, ou dans certains contrats de franchise. Le pompiste ou le francisé sont dans une étroite dépendance du concédant (Cf Cass. Soc. ch. réunies 23 juin 1966 Bull. civ., ch. réunies p. 3 et Cass. Soc 1er mars 1973 J.C.P. 1974.II.17687 n. H. Meyzonnade). Ce "semi salarié" emploie lui-même des salariés. Il n'est pas impossible donc de considérer que ces derniers sont sous loués. L'intérêt d'une telle solution est évident pour ces employés qui pourraient ainsi prétendre exercer leurs droits individuels et collectifs contre l'employeur de leur employeur.

(2) Les formalités de l'article 1690 du code civil n'ont pas à être accomplies dans le travail temporaire. Cela n'est pas suffisant pour rejeter cette qualification. Même en l'absence de tout texte réglementant cette cession assez particulière, les formalités de l'article 1690 étaient en pratique sans aucun intérêt. Le débiteur cédé n'a pas la possibilité matérielle de payer entre d'autres mains que celles du cessionnaire.

[illegible] rapport contractuel ne naisse entre l'utilisateur et le travailleur.

La créance cédée par l'entrepreneur de travail temporaire est cependant d'une nature particulière. Il s'agit d'une créance de force de travail. Dans cette opération, elle est cependant considérée comme une valeur patrimoniale quelconque.

B. Le travail marchandise

393. La qualification retenue a une double conséquence. D'une part le travail humain est susceptible d'appropriation. D'autre part, cette opération est très proche du marchandage.

a. L'appropriation du travail

394. Il n'a jamais été contesté que l'employeur était créancier du salarié. Mais la nature particulière de cette créance était toujours soulignée. En effet, le salarié n'a pas à fournir un "produit" de son activité qui par là même puisse être détaché de sa personne. Il a à fournir son activité, elle même, en conséquence, la créance de l'employeur est une créance sur la personne.

Ce phénomène trouve son expression dans deux caractères. Le lien entre les deux contractants est un lien personnel et le salarié est dans une position subordonnée. L'importance de ces caractéristiques ne peut [illegible] qu'au regard des solutions communément admises en la matière.

[illegible] de créances personnelles est en principe impossible [illegible] en effet à céder la personne elle-même. La loi du 3 janvier [illegible] admet donc en définitive [illegible] la personne du travailleur puisse être traitée en marchandise.

[illegible]

Le lien de subordination est présenté dans les analyses classiques comme une conséquence normale de la liberté contractuelle (1). Or dans le travail temporaire le rapport de subordination est détaché de tout lien contractuel. La subordination du travailleur naît exclusivement du contrat de mise à la disposition, aucune convention n'existant entre le salarié et l'utilisateur. Cette cession de créance implique donc une cession de pouvoir. Il en découle nécessairement qu'un rapport juridique unilatéral naît entre l'utilisateur et le travailleur. Ce rapport est un rapport de domination dans lequel l'employé est objet de droit et non sujet. Ce rapport a donc une structure comparable à celle d'un droit réel.

La possibilité de détacher le lien de subordination de tout support contractuel, démontre que son fondement n'est pas la liberté contractuelle, mais la possibilité d'appropriation de toute activité susceptible d'appréciation, même indirecte, en monnaie.

396. Ces analyses permettent de comprendre de nombreuses solutions retenues dans le travail temporaire.

Avant la loi de 1972, l'utilisateur n'avait pas à appliquer aux travailleurs les principales règles du droit du travail. Les travailleurs n'avaient aucun recours contre lui (2). Ils ne pouvaient exercer leur droit de grève. La suspension du travail constituait en effet un "vice de la marchandise" fournie à l'utilisateur qui avait un recours contre l'entreprise prestataire, du fait de la mauvaise exécution de la prestation. Il appartenait donc à l'entrepreneur de travail temporaire de faire disparaître ce "vice", en prohibant l'exercice du droit de grève.

La loi du 3 janvier 1972 a sans doute limité les pouvoirs de l'utilisateur. Certaines limites ont pour objet de réintroduire la considé-

---

1. L'égalité des contractants peut ainsi être conciliée avec la subordination de l'un d'eux. L'inégalité est la conséquence juridique de l'égalité.
2. N. Catala Franqui, Jurisclasseur travail, article précité n° [illegible].

ration de la personne du travailleur, et créent des rapports quasi-contractuels entre ce dernier et l'utilisateur. Le travailleur temporaire peut ainsi se faire assister des délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice. Il a aussi un recours contre l'utilisateur lorsque l'employeur ne paie pas les salaires ou les charges sociales. Ces limites traduisent l'intervention dans des mécanismes civilistes de techniques juridiques propres au droit du travail (1).

La majorité des mesures prévues par la loi n'ont pas pour effet cependant de créer des rapports personnels. Elles sont essentiellement de type réglementaire. Il est ainsi interdit d'employer des travailleurs temporaires dans certains cas (grève, tâches durables, etc...). Ces travailleurs doivent bénéficier des mêmes conditions de travail que les salariés permanents de l'utilisateur, etc...

397. Le législateur a donc essayé d'adapter et de "moraliser" le travail temporaire. Mais il a dans l'ensemble repris les techniques juridiques imaginées par la pratique. Il est peut-être regrettable que d'autres solutions, plus soucieuses des droits des travailleurs n'aient pas été retenues (2).

Il était possible d'admettre en particulier que le contrat de travail était conclu avec l'utilisateur. Il est vrai que cette solution aurait été plus contraignante pour ces derniers (3). Elle aurait en outre fait apparaître les entreprises de travail temporaire comme de simples intermédiaires,

---

(1) Sur l'antinomie relative entre les mécanismes du droit du travail et ceux du droit civil voir J. Lyon-Caen, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, R.T.D.Civ. 1974, 229 et ss.

(2) En ce sens G. Lyon-Caen, article précité ; H. Sinay, Rapport aux travaux du colloque de Bruxelles de l'Institut de sociologie Solvay 1969.

(3) Sur les conséquences d'une telle analyse, voir J. Lyon-Caen et J. Ribettes Tilhet, article précité.

Il n'est pas certain cependant que la loi arrive à en faire de véritables prestataires de services. L'entreprise de travail temporaire ne vend que de la force de travail, activité qui s'apparente étroitement au marchandage.

b) Le marchandage

398. Pour éviter cette qualification, il n'y a dans le système légal de contrat de travail qu'entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié. Ce contrat de mission est cependant étroitement dépendant du contrat de mise à la disposition. L'entreprise de travail temporaire n'est qu'un employeur formel et ne bénéficie en rien de la relation de travail. Cette dernière ne s'établit qu'avec l'utilisateur.

L'objet du travail temporaire est par définition la cession des relations de travail. L'activité des entreprises de travail temporaire est l'achat et la revente de créances, c'est-à-dire la spéculation sur la main-d'oeuvre.

399. Ce caractère peut servir de critère de distinction entre le travail temporaire et le prêt temporaire de main d'oeuvre permanente. Dans ce dernier cas il existe une véritable relation de travail entre le salarié et l'entreprise prêteuse de main d'oeuvre (1).

Lorsque l'entreprise prestataire n'est qu'intermédiaire, elle tombe pratiquement toujours sous le coup de l'incrimination du marchandage. L'article L 125.1 du code du travail (2) prohibe en effet "toute opération à but lucratif de fourniture de main d'oeuvre qui a pour effet de causer un

---

(1) Il faut cependant réserver les possibilités de requalification de ces contrats. Lorsque le prêt de main d'oeuvre permanente, devient permanent, le contrat de travail originaire perd là aussi toute signification. Certains contrats d'entreprise (contrats de nettoyage ou de surveillance) ne sont souvent que des prêts de main d'oeuvre de longue durée.

(2) Article 1 de la loi 73-608 du 6 juillet 1973 (J.O. du 7 juillet).

préjudice au salarié qu'elle concerne, ou d'éluder l'application de dispositions de lois, de réglements, ou de conventions collectives de travail".

Toutes les activités d'intermédiaires en matière de main d'oeuvre peuvent en pratique répondre à ces critères.

400. Cela est vrai des pseudo contrats d'entreprise. Le recours à ce type de prestataire est intéressant dans la mesure où il permet à une entreprise de bénéficier de main d'oeuvre peu coûteuse (1). Cette main d'oeuvre employée dans de petites entreprises est souvent mal payée et, elle bénéficie rarement de conventions collectives favorables. Enfin les règles sur les institutions représentatives du personnel (comité d'entreprise, délégués du personnel, délégués syndicaux) ont rarement l'occasion de jouer en raison de la faible importance de l'entreprise de rattachement. Les grandes entreprises qui doivent souvent concéder des avantages sociaux importants à leurs salariés n'hésitent pas à recourir à ce type de sous-traitance (2).

401. Cela est vrai aussi du travail temporaire. La raison d'être de ces entreprises est d'échapper au droit commun du travail. Le travail temporaire limite nécessairement les droits du travailleur, ne serait-ce qu'en matière de stabilité de l'emploi (3).

---

(1) Voir par exemple Le Monde du 1er février 1974 relatant l'utilisation de [illegible] par la SNCF, pour la réalisation de travaux de terrassement. Il est fait état dans l'article des conditions scandaleuses d'emploi de ces travailleurs.

(2) [illegible] du personnel travaillant effectivement pour les compagnies [illegible] seraient employés par divers sous-traitants. Renseignements [illegible] par le responsable [illegible] du secteur Chimie.

(3) [illegible] Le Monde du 1er juillet 1974 qui fait état du non renouvellement des missions des travailleurs temporaires employés par les usines Dassault. Il est manifeste que dans une période où les menaces de chômage sont considérables, ce problème prend une très grande importance. Il faut noter que l'accord collectif sur le licenciement pour motifs économiques de [illegible] travailleurs. Ils ne sont pas licenciés. Ils n'obtiennent plus de missions.

Il est permis de se demander si le législateur a eu conscience en 1973 de voter un texte rendant pratiquement illicite une pratique qu'il avait légalisée en 1972.

402. Le prêt de main d'oeuvre quelle que soit sa forme juridique soulève donc d'importantes difficultés. Au-delà de ces problèmes, il faut relever la tendance du droit moderne à dissocier selon de nouvelles formes l'appropriation des biens corporels et incorporels. Les prestations de services sont souvent un moyen pour dissocier la maîtrise de l'utilité du bien de sa maîtrise technique et financière. Le renting en est un exemple pour les choses. Le travail temporaire en est un exemple pour ce bien immatériel qu'est le travail.

L'intervention d'un tiers dans le rapport d'appropriation permet l'établissement d'un nouveau type de relation juridique entre les personnes et les choses (1).

---

(1) La fonction de ces rapports juridiques est comparable à celle de la personnalité morale dans l'appropriation des biens. La création de personnes juridiques permet d'établir un écran entre les personnes physiques et les choses masquant ainsi l'établissement d'un nouveau type de propriété (F. Galgano, Les groupes et organismes sans personnalité juridique en droit civil, in travaux de l'Association H. Capitant, T. XXI 1969, Dalloz 1974 p. 6 et s. et particulièrement p. 17 note 13). Cf Planiol, Traité élémentaire, I, nº 671 et s.). Ce phénomène est très caractéristique dans certains groupements de transition. L'indivision n'est dans notre droit qu'une modalité temporaire de la propriété. La copropriété par appartements, modalité durable, a entraîné la création d'une nouvelle personne morale dont le seul objet est de définir des nouvelles relations d'appropriation entre les copropriétaires et l'immeuble. Le groupement de quiritaires, autre mode d'appropriation de certains biens a été au moins un moment, considéré comme étant une personne morale (Voir E. du Pontavice, Une nouvelle personne morale, la société de quiritaires, R.T.D.C. 1963 p. 1 et ss ; C. Champaud, Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français, in travaux de l'association H. Capitant, précité, p. 118 et s. et particulièrement p. 127). La multipropriété, forme non reconnue d'appropriation, ne peut s'exprimer dans notre système juridique que dans le cadre de la société. (V. infra nº 688).

La spécialisation des pouvoirs réalisée par les prestations de services se retrouve aussi dans les techniques de concentration et d'intégration.

SECTION II - LES SERVICES FACTEURS DE CONCENTRATION

103. Le phénomène de la concentration économique est une des préoccupations essentielles des juristes depuis de nombreuses années (1). Les études sur ce sujet ont porté essentiellement sur la notion stricte de groupe caractérisé par une domination due à une participation financière. Les autres techniques

(1) La bibliographie sur cette question est extrêmement abondante et ne peut être citée intégralement. Voir parmi les ouvrages ou articles les plus récents : R. Rodière, La protection des minorités, dans les groupes de sociétés Rev. Soc. 1970.243 et s. J. Paillusseau, Faut-il en France un droit des groupes de sociétés J.C.P. 1971.I.2401 bis. R. Comtin et M. Hovasse, L'autonomie patrimoniale des sociétés D. 1971 ch. 139. J. Jabin, Le fonctionnement des groupes de sociétés Rev. prat. soc. 1971,161 et s. Actualité de droit de l'entreprise Montpellier 1971. Nouvelles techniques de concentration Librairies techniques 1972. Faculté des Sciences juridiques de Rennes. Droit des groupes de sociétés. Librairies techniques 1972. J. Paillusseau, Les groupes de sociétés, Analyse du droit français et perspectives de réformes R.T.D.Com.1972.814. M. Despax, groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel J.C.P. 1972,I. 2465. B. Oppetit, Groupes de sociétés et droit du travail Rev. Soc. 1973,09. R. Sinay, La définition comptable de la filiale et le droit des sociétés Rev. Soc. 1973.229. B. Oppetit, A. Sajag, Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés Rev. Soc. 1973.577 et s. Commission Droit et vie des affaires. Travaux de la Faculté de Droit de Liège. Les groupes de sociétés 1973. Martinus Nijhoff ed. La Haye. J. Buyenot, Le régime juridique et fiscal des filiales et sociétés participantes d'un groupe G.P. 2/3 mai 1973. Actualités de Droit de l'Entreprise Montpellier 1972. Services communs d'entreprise Librairies techniques 1974. Travaux de l'association H. Capitant 1969 T.XXI. Les groupements et organismes sans la personnalité juridique. Dalloz 1974. Colloque Paris II, La filiale commune Librairies techniques 1975.

de concentration, reposant sur des rapports contractuels (1) ou sur une intégration limitée et provisoire, ont rarement fait l'objet de synthèses(2).

Cette situation tient à la variété des modes d'intégration et de collaboration imaginés ou imaginables et à la difficulté qu'il peut y avoir à obtenir des informations détaillées et précises. Le secret des affaires s'allie au caractère provisoire de ces structures pour rendre l'analyse difficile. Il n'y a pas lieu ici de tenter une étude exhaustive de ces phénomènes. Le temps et la compétence nous manquent. Cette recherche se bornera à indiquer trop souvent sommairement, le rôle que les services peuvent jouer dans ces techniques de concentration.

404. Ces procédés posent des problèmes comparables, sinon identiques à ceux des groupes de sociétés. Ils sont d'autant plus délicats à résoudre que la détermination du lien unissant les diverses sociétés entre elles est souvent difficile à déceler.

La détermination de l'employeur, critère essentiel pour l'application du droit du travail, est souvent très délicate (3). Les associés

---

(1) Cette intégration contractuelle peut être doublée d'une intégration financière. Voir par exemple Manpower qui a constitué une chaîne d'entreprises en franchise. Mais le franchiseur acquiert un pourcentage important du capital de chaque franchise (cahiers de droit de l'entreprise 1972 nº 2. Intervention de M. Calzefli p. 26). Voir aussi C. Champaud, Recherche des critères d'appartenance à un groupe, in travaux de la Faculté de Droit de Rennes, précité p. 27 et s. et particulièrement p. 29 et s.

(2) Voir cependant C. Champaud, Les méthodes de groupement des sociétés R.T.D.C. 1967.1003 et s. Actualité de droit de l'entreprise. Montpellier 1972, op. cité. Travaux de l'association H. Capitant T. XXI précité. B. Mercadal et P. Jarin, Les contrats de coopération interentreprises Ed. F. Lefebvre 1974.

(3) Cf. supra nº 230 et ss. et la bibliographie citée. Voir aussi n. Catala - Les groupements dépourvus de la personnalité juridique en droit du travail français, in travaux de l'association H. Capitant 1969 précité p. 226 et s. et particulièrement p. 232.

minoritaires voient, comme dans les groupes de sociétés, leurs intérêts parfois menacés (1). La détermination du débiteur en cas de faillite est une source de graves difficultés pour les tiers (2). La question se pose en particulier de savoir si l'entreprise dominante doit être tenue de contribuer au passif de l'entreprise dominée, ou si inversement les procédures collectives prononcées contre l'entreprise dominante doivent être étendues aux entreprises dominées. La jurisprudence a sans doute apporté des éléments de réponse. Mais elle exige pratiquement pour l'extension des procédures l'existence d'une véritable confusion des patrimoines (3). Cette situation sera très rare dans les hypothèses de domination contractuelle bien que des liens entre entreprises puissent être extrêmement étroits (4). Enfin cette collaboration peut avoir d'importantes incidences sur la concurrence (5).

405. Les procédés de concentration sont très variables dans leurs objets et dans leurs formes (6). Les services jouent un rôle important bien qu'il ne soit pas exclusif. Ils peuvent être utilisés de deux manières caractéristiques de deux types de concentration.

---

(1) Sur les risques courus par les associés minoritaires dans un G.I.E., voir Y. Guyon et J. Coquereau, le G.I.E. Dalloz Le n°. 1979 no 62.

(2) Voir par exemple les problèmes posés par le contrat d'entreprise pilote. Ass. Com. 19 octobre 1959 J.C.P. 1960.II.11492 n. Le Gallant, D. 1960. 305 n. . Savatier. Poitiers 1er mai 1960 D. 1961.40 n. R. Savatier, R.T.D.C. 1961 p. 91 obs. R. Rodière ; Rion 14 octobre 1960 D. 1962.761 n. Ass. Com. 1963 n. R. Rodière Ass. Com. 24 octobre 1960 2 arrêts J.C.P. 1961.II.12009 concl. Lindon. Ass. Com. 17 novembre 1970 D. 1971.438 Rev. Soc. 1971.333

(3) Ph. Merle et A. Pepetit, Actualité de l'abus des groupes de sociétés Rev. Soc. 1973.277 et s. C.A. Aix, L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation de biens aux dirigeants sociaux R.T.D.Com. 1975. 1 et s.

(4) J.P. Betto, art. précité, n° 14.

(5) Voir infra n° 426 et ss.

(6) Voir D. Martin, Les méthodes de rapprochement des sociétés, art. précité.

D'une part la compétence due à la spécialisation donne une [illegible] périorité au "sachant" sur son partenaire, qui peut être utilisée comme [illegible] moyen pour dominer des entreprises n'ayant ni les mêmes connaissances [illegible] moyens de les obtenir. Les services sont alors directement une [illegible] d'intégration.

D'autre part la complexité des fonctions que les [illegible] doivent assumer, favorise leur collaboration. Ces groupements sectoriel[illegible] sont souvent une condition d'amélioration de la rentabilité et de la pro-ductivité. Les services sont alors un lieu privilégié de collaboration [illegible] ils constituent une cause de concentration. Leur rôle est cependant [illegible] spécifique que dans la première hypothèse. D'autres lieux et d'autre [illegible] de collaboration peuvent être trouvés : services d'achats, services de [illegible]tes, etc... Ce regroupement des services peut éventuellement déboucher [illegible] la création d'une entreprise de services autonome. Ce phénomène se produ[illegible] lorsque le service commun n'a plus pour seul objet de servir ses membres mais a une clientèle extérieure (1).

Sous-Section I - Les services, technique d'intégration

406. Ces techniques d'intégration, essentiellement contractuelles, [illegible] dées sur la maîtrise d'un savoir faire qui n'est communiqué à des tiers qu'en contre partie d'un contrôle étroit de leur gestion et de leur [illegible]pement. Les contrats de communication de know-how (2) impliquent [illegible]ment une assistance technique et un contrôle de l'utilisation [illegible]

---

(1) La situation de nombreuses sociétés d'ingénierie, filiales de [illegible] industriels importants est caractéristique de cet état de fait. [illegible] ciétés ont été constituées par décentralisation de services, [illegible] au groupe. En acquérant leur autonomie juridique, elles sont [illegible] des entreprises fournissant l'essentiel de leurs prestations [illegible] ents extérieurs.

2 N. [illegible], [illegible] de l'entreprise 197[illegible] [illegible] de coopération [illegible]

Les mécanismes peuvent permettre la domination de partenaires économiquement plus faibles. Ainsi dans le cadre des groupes multinationaux, la communication aux filiales locales des connaissances et des techniques qui leur sont nécessaires pour réaliser leur part de production, permet-elle d'une part de renforcer les liens financiers et les structures de production du groupe par des cloisonnements intellectuels (1) et d'autre part d'éviter tout transfert de technologie avec les pays d'accueil. Le caractère fermé des grands groupes a pour conséquence directe de limiter les possibilités de développement scientifique de ces pays dont les centres de recherches ne sont pas utilisés ainsi que d'empêcher tout apport de techniques aux entreprises locales concurrentes (2).

407. De manière plus précise, deux techniques peuvent essentiellement être mises en oeuvre. Le pouvoir de gestion peut être retiré à la société dominée et confié à une société de services. La fourniture de services n'est alors le plus souvent que la conséquence apparente d'une domination dont la source est ailleurs.

L'entreprise intégrée peut être contrôlée au moyen d'une assistance technique très étroite. Le lien de domination est alors la contrepartie de la fourniture de services.

§ 1 - Les services de gestion, moyen d'intégration

408. De nombreuses pratiques permettent d'atteindre ce résultat. Elles ne se concrétisent que rarement dans des techniques juridiques spécifiques et apparentes.

---

(1) P. Gonod, D. Jerminis, J.A. Michalet et J. Perrin, Transferts technologiques dans l'économie mondiale, Le progrès scientifique n° 171, janvier février 1975 p. 26 et ss.

(2) Idem p. 29 et ss.

A) Les pratiques

409. Le recours systématique de certaines entreprises à des sociétés de services déterminées peut révéler un véritable contrôle. Une société ne contracte avec un sous traitant que si ce dernier utilise les services de tel bureau d'études, de tel autre conseil de gestion, etc... (1). Aucun acte juridique ne traduit ces obligations et cette domination. Elle n'en est pas moins très étroite.

410. Ces pratiques semblent assez fréquentes dans les marchés d'ingénierie. L'ingénieur impose à certains sous traitants, un bureau d'études techniques, des méthodes très strictes de gestion et des procédés de financement. Plus généralement même l'ingénieur collabore fréquemment avec des partenaires habituels que ce soit pour obtenir des procédés, les adapter ou réaliser les matériels. Cette permanence se retrouve non seulement lorsque les diverses entreprises sont membres d'un groupe mais aussi lorsqu'elles sont indépendantes. L'ingénieur est ainsi conduit à assurer un transfert permanent de technologies entre les différents partenaires, et à en assurer l'harmonisation (2). Cet échange réciproque de connaissances permet un enrichissement des entreprises intéressées à tous les stades de réalisation de l'ouvrage. Le chercheur se voit poser des questions nouvelles par l'ingénieur et il reçoit une expérience originale. Les fabricants peuvent enrichir leurs techniques. Ces communications se réalisent dans un cercle fermé et elles ne bénéficient qu'exceptionnellement aux clients. L'activité de l'ingénieur contribue donc largement à développer et à coordonner un processus d'intégration. Il n'y aura cependant de véritable domination que si les sous

---

(1) C. Champaud, Recherche des critères d'appartenance à un groupe, in Travaux de la Faculté de droit de Rennes, précit. p. 27 et s.

(2) P. Gonod, D. Germinis, C.A. Michalet et J. Perrin, art. précité, p. 3[illegible] et ss.

traitants n'ont pas la possibilité de diversifier leurs clients et que si le donneur d'ordres contrôle lui-même les [illegible] de services qu'il impose.

Dans certains cas, la domination n'est plus diffuse mais est organisée par le biais de sociétés de gestion qui assurent l'administration et la direction du groupe.

3) Les techniques juridiques

411. Plusieurs procédés sont utilisés. Lorsque la société dominée est une société civile, une société en nom collectif, ou une S.A.R.L., la société de gestion peut être nommée gérante qu'elle soit associée ou non (1). Un contrat de gestion la lie en outre à la société dominée. Lorsque cette dernière est une société anonyme, il est impossible de substituer la société de gestion aux organes de direction de la société. Le contrat de gestion (2) se superpose aux organes traditionnels (3). Des problèmes délicats peuvent se poser. Les règles impératives concernant la gestion des sociétés anonymes risquent d'être écartées, le pouvoir de direction n'appartenant plus aux organes compétents (4).

Il est impossible de procéder à une véritable analyse de ces contrats. Leur nombre est encore limité et leur mise en oeuvre est confidentielle (5). Certains traits communs semblent cependant pouvoir être dégagés.

---

1) Comp. avec les sociétés de gérances de fonds de commerce : [illegible], Moliérac, [illegible] Dalloz, Sociétés [illegible] Sociétés de gérance, [illegible], [illegible] Dalloz, Sociétés Vº, Gérant nº [illegible].

2) Voir Le Monde du 7 décembre 1974 et le Monde 8-9 décembre 1974. Le contrôle de Citroën par Peugeot est assuré, dans une phase préliminaire, par un contrat de gestion liant la société holding de Peugeot à la société des automobiles Citroën.

3) Cf. [illegible], Les contrats de prestation de services de gestion. Mémoire [illegible], Montpellier [illegible].

4) Ces techniques sont généralement [illegible] par des liens financiers, de type de [illegible].

5) [illegible] Marie, Contrat de [illegible] anonyme, [illegible]

412. La domination est toujours assurée par une société spécialisée qui conclut avec la société dominée un contrat dont la qualification est incertaine (1). Deux séries de prestations forment cependant l'ossature de ces conventions. La tâche confiée à la société de gestion tient à sa capacité à fournir des conseils d'un très haut niveau, qu'elle peut mettre en œuvre dans le cadre de mandats accessoires (2).

Il est impossible ici de s'étendre sur ces conventions. [illegible] cependant noter que si ces ensembles ne peuvent être considérés [illegible] sensu ies groupes de sociétés (3), ils posent cependant les problèmes comparables (4). Il importe à cet égard de rechercher avec précision les structures permettant de réaliser une véritable intégration. Il importe aussi de prendre conscience des dangers courus par les associés privés de tout pouvoir effectif (5), les salariés (6) et les tiers (7).

---

1 Pour la qualification de gérance salariée voir Champaud, Recherche de critères d'appartenance à un groupe, art. précité p. 31. Comp. Ph. Merle, art. précité nº 9 et 10, qui y voit un mandat d'intérêt commun.

(2) Sur la validité de ces contrats, v. Ph. Merle, art. précité nº 11 et s.

(3) A. Sayag et B. Oppetit, Méthodologie d'un droit des groupes de [illegible], art. précité p. 583 et s.

(4) Ces sociétés de gestion peuvent sans doute assez facilement être considérées comme des "dirigeants de fait" et se voir soumises en cas de faillite à l'action en comblement du passif, prévue à l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967. Sur la notion de dirigeant de fait, voir [illegible]. La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation de biens [illegible].

5 Le cantonnement de l'actionnaire à un rôle d'apporteur de capitaux se trouve juridiquement consacré dans cette hypothèse. La notion de société est contractuellement détachée de la structure sociétaire.

6 L'intérêt de créer un comité d'entreprise dans la société holding, pour ne prendre qu'un exemple, devient nul, cette dernière n'ayant plus aucun pouvoir de décision. Il sera exceptionnel qu'elle y ait intérêt par ailleurs à créer un comité d'entreprise autre que celui de la société de gestion [illegible] fonctionner avec trop peu de personnel.

7 Voir, pour le droit social de la [illegible] nº 17 [illegible] Ph. Merle ; [illegible] B. Saintourens, Droit social et groupes de sociétés, [illegible] B. Saintourens.

413. Ces contrats ne sont pas les seuls permettant de réaliser une étroite intégration. Il n'est même pas nécessaire dans de nombreuses hypothèses que l'entreprise dominante assure la gestion de l'entreprise intégrée. Les services d'assistance suffisent à la mise en place d'un contrôle efficace.

§ 2 - Les services d'assistance, moyen d'intégration

414. Des techniques très variées (1) permettent à des entreprises de se développer en limitant l'importance de leurs investissements. La distribution des produits a été pendant longtemps en France le seul domaine de ces méthodes d'intégration, conçues par les producteurs comme un moyen de contrôler et de régulariser le marché. La technique utilisée alors était celle de la concession commerciale (2). Elle reposait sur l'obligation pour le distributeur d'acheter ses produits à un fournisseur déterminé et sur le droit corrélatif du distributeur de bénéficier d'une exclusivité de vente sur un territoire déterminé.

Ce système a évolué. Le concédant, pour maintenir l'intérêt de l'opération et pour faire face à la concurrence, a dû fournir une assistance

---

(1) N. Chollet, Aspects juridiques des groupements de distributeurs in Les groupements de distributeurs, Cahiers de droit de l'entreprise, 1972, 2 p. 1 et s.

(2) Sur cette question voir Champaud, La concession commerciale, R.T.D.Com. 1963.451 et ss. R. Plaisant, Les contrats d'exclusivité R.T.D.Com. 1964 1 et ss. P. Didier, A propos du contrat de concession : la station service, D. 1966 ch. 55, R. Rodière et C. Champaud, A propos des pompistes de marque J.C.P. 1966, 1, 1968, J. Guyenot, La concession commerciale Cirey 1968. J.M. Mousseron et A. Seube, A propos des contrats d'assistance et de fourniture D. 1973 ch. 197, T. Bahagian, Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive J.C.P. (C.I.) 1975.II.11636 Adde, la proposition de loi de M.M. Glon et Cousté sur les franchises et concessionnaires J.C.P. (C.I.) 1975.II.11636, ainsi que la proposition Turco. Voir Thréard, La distribution de produits de marque et le concessionnaire G.P. 1975 doc. 30.

technique et financière à son partenaire. L'amélioration de la formation des concessionnaires était devenue une nécessité en raison de la technicité de plus en plus grande des produits. Il était aussi nécessaire pour les mêmes raisons d'améliorer le service au consommateur. Cette tâche nouvelle des concessionnaires a été organisée et encadrée par les producteurs.

415. Dans le même temps de nouvelles formes d'intégration ont vu le jour. Les chaînes volontaires en sont un bon exemple (1). Elles associent grossistes et détaillants selon divers procédés. Une société commune est généralement constituée entre les grossistes, qui fournit ses services aux détaillants. Un contrat lie ces derniers à un grossiste pour l'approvisionnement et à la société commune pour les services annexes. Un contrat d'association réunit en outre fréquemment les détaillants entre eux (2).

Ces structures ont pour premier objectif l'amélioration des ventes de gros et de détail. Elles nécessitent aussi une étroite collaboration entre les deux groupes de partenaires dans la promotion des ventes et dans la gestion des entreprises (3).

416. Dans le même temps encore des techniques d'origine anglo-saxonne, comparables dans leur objet mais différentes dans leur esprit s'introduisirent (4):

---

(1) N. Montout, Les chaînes volontaires, thèse Montpellier 1970.

(2) N. Montout, thèse précitée p. 14 et ss. La proposition de loi de MM. Glon et Cousté (précitée) prévoit la création obligatoire d'un G.I.E. entre les affiliés. Le rôle de ce G.I.E. serait essentiellement de servir de syndicat de défense des commerçants intégrés. Il n'est pas certain que le G.I.E. soit la structure qui convienne à un tel objet.

(3) N. Chollet, art. précité p. 11.

(4) Voir J. Guyenot, La franchise commerciale...C.D.Com. 1970, I et s.

les contrats de franchising (1).

Le franchising a un domaine beaucoup plus large que la concession commerciale. Il englobe toutes les activités de services. Sa spécificité apparaît même surtout dans ce domaine (2) (hôtellerie, restauration, location de véhicules, entreprises de software, travail temporaire, etc...).

Ses caractéristiques tiennent à l'optique originale qui guide le franchisor. Ce dernier cherche à vendre une idée qu'il a expérimentée et qui est susceptible d'améliorer la rentabilité des entreprises utilisatrices. La franchise est fondée sur une communication de savoir faire. Ces caractères font que le franchising peut s'adapter à toutes les professions. Il peut être défini comme étant "le contrat par lequel le franchiseur met à la disposition du franchisé un savoir faire et une collection de produits ou de services, exploités par le franchisé selon les techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées et constamment mises au point"(3).

---

1) Actualités de droit de l'entreprise, Montpellier 1968, nouvelles techniques contractuelles Librairies techniques 1970 et particulièrement le rapport du professeur R. Saint Alary. M. Boursicand, Le franchising et les possibilités qu'il offre à la petite et moyenne entreprise Thèse Toulouse 1970. J. Bucelle, Le franchising, Mémoire Centre de droit de l'entreprise Montpellier 1970. P. Durand et J. Latscha, Jurisclasseur commercial annexes 7º Vente commerciale Fasc. XXXIII quater, P. Durand et [illegible], Le franchising J.C.P. C.I. 1970, I.87634, Le franchising [illegible] 1970 nº [illegible] p. [illegible] et s. Le franchising in Les groupements de distributeurs, cahiers de droit de l'entreprise 1971, [illegible] p. 19 et s. [illegible] et [illegible] Teston, Le franchising, ed. Delmas 1973. J. Guyenot, La franchise commerciale [illegible] 1973, [illegible] et s. [illegible] Saint Alary Rep.Com. Dalloz [illegible] Franchising.

2) [illegible] et [illegible] Teston, op. cité, [illegible] et [illegible]. Lorsque la franchise porte sur la distribution de produits et que le franchisé est acheteur revendeur, la distinction entre franchise et concession commerciale s'estompe au point de disparaître (P. Level, note a. J.C.P. C.I. 1971, II.10131 sous Cass. Com. 21 octobre 1970).

3) Définition donnée par la fédération française de franchising, in Les groupements de distributeurs, cahiers de droit de l'entreprise, précité.

417. Toutes ces techniques contractuelles d'intégration reposent en [illegible] de leur diversité sur des structures communes. L'assistance technique, commerciale et financière est un moyen d'intégration économique qui laisse subsister l'autonomie juridique (1).

A. L'intégration économique

418. La fourniture d'un savoir faire commercial est un élément essentiel de tous ces contrats, y compris de la concession commerciale.

Ce know-how, testé au préalable dans des établissements [illegible]tes, permet de mettre en oeuvre une politique uniforme et dynamique [illegible] lancement des entreprises en franchise (études de marché), tout le [illegible] lation (agencement des magasins, décoration, normes de qualité [illegible] exploitation (publicité, politique commerciale, prix, quotas de chiffres d'affaires, comptabilité, etc... .

Le franchiseur, pour appliquer ces "recettes du succès" doit fournir certains services aux franchises. Il réalise des études, il envoie régulièrement des notes de service. Il contrôle et inspecte la gestion de ses adhérents. Il forme enfin le personnel et parfois même les dirigeants des entreprises du groupe. La réussite de l'opération nécessite en effet la coordination et l'harmonisation des conditions de vente ou de prestation de service pour tous les membres de la chaîne. Cette homogénéité se [illegible] concrètement aux yeux des tiers par l'existence d'une marque ou d'un [illegible] commercial unique.

---

1 C. Champaud, Les méthodes de groupement des sociétés, art. précité. La concession commerciale, article précité n° [illegible], en ce sens, la proposition de loi précitée de [illegible] Blois et Bouvier.

2 Nos discussions porteront essentiellement sur le contrat de franchise, qui apparaît comme la forme la plus élaborée de ces techniques d'intégration.

419. Ces contrats reposent donc sur une licence de marque ou de nom commercial (1), concédée par le franchiseur. Cette licence doit être une licence exclusive. La contrepartie normale de l'enseignement est en effet la concession d'un monopole territorial.

La justification profonde de cette licence réside dans les prestations fournies par le franchiseur, qui sont la garantie de la qualité des produits et surtout des services des franchisés (2).

Ces prestations et notamment la communication de know-how sont en définitive le support nécessaire de la marque qui réalise aux yeux du public la matérialisation des services du franchiseur et des services du franchisé. Or la qualité des services du franchisé dépend étroitement du "know-how" du franchiseur. La marque permet ainsi d'assurer indirectement une certaine protection du savoir faire.

420. Le know-how du franchiseur est aussi un élément de standardisation des services. Or la dépersonnalisation des services rapproche la situation des prestataires de celle des distributeurs de produits. Dans tous les cas la structure de la chaîne repose sur l'existence d'un know-how commercial valorisant une marque. Le domaine d'activité de la franchise a cependant des incidences importantes sur les rapports juridiques des différents partenaires.

---

(1) Sur l'importance de la licence de marque, cf R. Saint Alary Actualités de droit de l'entreprise 1970, précité p. 55 et s, et Rep. Com. Dalloz II "Franchising" n° 5 et 6.

(2) Ces analyses sont parfaitement illustrées dans la franchise de services. Elles peuvent cependant s'appliquer aussi aux franchises de produits. Dans cette dernière hypothèse, la marque s'applique essentiellement au produit. Dans tous les cas cependant une politique commerciale uniforme doit être assurée. La Marque recouvre aussi nécessairement l'environnement de ces produits. La distribution de produits doit donc s'accompagner aussi de certains services qui peuvent rendre secondaires, mais qui ont en réalité une très grande importance commerciale.

La cause de la "licence" de marque est, dans tous les cas, la communication de savoir faire. Mais le support de la marque varie dans chaque cas. Il est soit le produit, soit le service.

421. Lorsque le franchisé est un prestataire de services, il fournit des services personnels sur lesquels il "appose" la marque du franchisé. Il s'agit alors d'une véritable licence de marque.

Au contraire, lorsque le franchisé se limite à vendre les produits du franchiseur il n'a aucun droit d'usage personnel de la marque. Il a uniquement le droit de vendre des produits marqués (1), droit qui ne peut être assimilé à une véritable licence de marque. Il est beaucoup plus difficile dans ces conditions de justifier l'existence de la convention d'exclusivité (2).

Dans la franchise de services, l'exclusivité ne porte que sur la marque et (ou) sur le nom commercial (3). En contrepartie, il est interdit au franchisé d'avoir d'autre activité que celle de "promotion de la marque" (4).

---

(1) Voir par exemple C. Champaud, La concession commerciale, article précité p. 460. J. Guyenot, La concession commerciale, op. cité. Adde Cass. Crim. 13 juillet 1961 D. 1961.525 rapport Costa.

2) Cass. Crim. 13 juillet 1961 précité. Adde en droit européen : Cour justice 6 avril 1962 Grundig-Consten J.C.P. 1962.II.12726 n. P.C. Jeantet. D. 1962.337 n. J. Robert. Voir J. Guyenot, Droit des marques de fabrique et droit de la concurrence in Mélanges Cabrillac Lib. Techn. 1968 p. 319 et s. R. Market, Les contrats d'exclusivité en droit allemand de la concurrence. R.T.D. Européen 1966.66. Cette question sera étudiée de manière plus detaillée infra nº 832 et ss.

3. La "concession" du nom commercial offre une protection restreinte. En effet le nom commercial n'étant pas une propriété incorporelle organisée, n'est protégée que sur le terrain de la concurrence déloyale.

(4) Cf Le contrat "Manpower" cité dans les Cahiers de droit de l'entreprise 1972.2 précité p. 31.

Dans les franchises de produits ou dans les concessions commerciales, l'exclusivité territoriale réciproque a pour objet l'achat et la revente des produits. Le distributeur ne peut s'approvisionner qu'auprès du concédant, sous réserve d'une certaine tolérance (1). Il bénéficie en échange d'un monopole de distribution. Ces clauses d'approvisionnement sont en principe valables mais leur durée doit être limitée à dix ans. La jurisprudence la plus récente considère en effet que la loi du 10 octobre 1943 est applicable à toutes les conventions d'exclusivité d'achats, même lorsque les promesses d'achat ne sont qu'un élément du contrat parmi d'autres (2).

Le distributeur doit en outre écouler certains quotas de marchandises. Il est exceptionnel que les conventions cadres, organisant ces obligations, prévoient le prix de ces marchandises. Les clauses de prix, lorsqu'elles existent sont imprécises et se bornent à faire référence aux tarifs du fournisseur. Malgré de nombreuses opinions doctrinales contraires (3) la cour de cassation a, avec raison (4), admis leur nullité (5). La

---

(1) Cf Cahiers de droit de l'entreprise 1972.2 précité p. 27 et s.

(2) Cass. Crim. 27 avril 1971 (2 arrêts) D. 1972.353 n. J. Ghestin. J.C.P. [illegible] n. J. Boré. Cass. Com. 5 novembre 1971 D. 1972.353 n. J. Ghestin. Cass. Com. 13 mars 1972 J.C.P. 1972.17196 n. J. Boré. Contra, voir P. Didier, A propos du contrat de concession, article précité [illegible] et J. Champaud, article précité, J.M. Mousseron et [illegible], article précité n° 220 et s.

(3) [illegible], article précité, R. Rodière et J. Champaud, article précité, [illegible] Mousseron et A. Ceube, article précité.

(4) Voir supra n° 314 et ss. (le renting). En ce sens J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition purement protestative ch. précité et note au D. 1972.353 et D. 1974.414.

(5) Cass. Crim. 27 avril 1971 précité ; Cass. Com. 5 novembre 1971 précité. Cass. Com. 13 mars 1972 précité ; Cass. Com. 12 mars 1973 Bull. Civ. IV n° 117. Cass. Com. [illegible] janvier 1974 (5 arrêts) inédits, Cass. Com. [illegible] février 1974 D. 1974.414 n. J. Ghestin, J.C.P. 1975.II.17915 n. J. Boré.

convention cadre risque en conséquence d'être frappée de caducité (1) lors de la réalisation des contrats d'application.

422. Ces problèmes sont propres aux franchises de produits. Dans tous ces types de contrats cependant l'affilié doit se soumettre étroitement aux directives de l'entreprise dominante. Non seulement les prestations fournies par la tête de chaîne ont pour but et pour effet de créer une [illegible] dance mais les affiliés doivent fournir certains services et organiser leurs entreprises selon des normes strictes.

Les distributeurs de produits doivent organiser un service d'entretien et de réparation ; ils doivent disposer d'un stock de pièces détachées. Les prestataires de services doivent respecter certaines normes de qualité. Tous doivent prospecter la clientèle, organiser des [illegible] citaires selon les consignes du chef de file. L'organisation commerciale et comptable, la politique d'investissements doivent répondre aux normes du concédant. Ce dernier doit être régulièrement informé de la situation des divers concessionnaires.

Dans les véritables franchises, le franchisé doit en outre payer un droit fixe d'entrée (2) et verser des redevances proportionnelles au chiffre d'affaires.

---

1 A condition que l'on admette que le défaut de prix n'entraîne [illegible] nullité de la convention cadre (dans le sens de cette solution [illegible] note au J.C.P. 1975.II.17915). La jurisprudence la plus récente [illegible] aussi pencher en faveur de cette solution (Cf Cass. Com. [illegible] février [illegible] précité).

2 Afin de développer le franchising, de nombreux franchiseurs français n'imposent pas le paiement de ce droit d'entrée (2. Gon in Cahiers de droit de l'entreprise 197[illegible] précité p. [illegible]). Dans les contrats de concession commerciale stricto sensu le concédant ne reçoit pas de rémunération spécifique. L'intérêt financier de la concession tient aux bénéfices qu'il réalise sur les ventes de produits [illegible]. La franchise commerciale article [illegible] Le franchising est en réalité une concession commerciale évoluée. Le [illegible] acquis une autonomie qui justifie [illegible] traditionnelle, les services restent [illegible]

Ces contrats permettent de réaliser une intégration comparable économiquement à celle obtenue par l'intermédiaire de filiales ou de succursales sans avoir à supporter les charges de financement correspondantes. Les franchisés ou les concessionnaires restent en principe des entreprises juridiquement autonomes.

3) L'autonomie juridique

423. Certains de ces contrats sont très détaillés. Les nombreuses obligations des franchisés sont fixées avec minutie. Il est alors délicat de savoir si le commerçant intégré n'est pas devenu un salarié.

Même dans les franchises de produits, le franchisé, en effet, n'est pas toujours acheteur-revendeur. Il se contente de vendre les produits du franchiseur sans en devenir propriétaire. Ses risques (risques d'impayés ou d'invendus) sont partiellement transférés au franchiseur. La progression de son chiffre d'affaires est parfois organisée contractuellement et donne lieu à une véritable garantie de bénéfices (1).

424. La cour de cassation a admis dans un arrêt important (2) que le franchisé devait être affilié à la sécurité sociale des salariés. La cour suprême a considéré que les sujétions imposées au franchisé introduisaient un lien de subordination d'employé à employeur (3). La portée de cet arrêt n'est ce-

---

(1) Cahiers de droit de l'entreprise 1972,2 précité p. 35.

(2) Cass. Ch. reun. 23 juin 1966 Bull. Civ., ch. reun. p. 3. Voir aussi dans le même sens Riom 11 décembre 1968 et en sens contraire Caen 10 juin 1968 J.C.P. (C.I.) 1969.II.86284 obs. H. Meyzonnade. Cass. Soc. 1er mars 1973 J.C.P. 1974.II.17687 n. H. Meyzonnade, maintient cette solution bien que la loi du 12 juillet 1966 (J.C.P. 1966.II.32615) ait institué un régime d'assurance maladie pour les non salariés.

(3) Une telle solution, si elle est étendue, offre un intérêt évident pour les salariés des concessionnaires ou des franchisés. Ces salariés d'un salarié sont "sous-loués". Ils devraient pouvoir prétendre pouvoir exercer leurs droits - individuels et collectifs - contre le concédant. Cf supra n° 392 note 1 .

pendant pas très claire. Il est possible que pour la haute juridiction la qualification choisie dépende du degré d'intégration des deux partenaires. Dans ce sens on peut remarquer que le franchisé qualifié de salarié n'était pas propriétaire de son fonds de commerce alors que la chambre commerciale (1) a retenu la qualification de commerçant dans une hypothèse où le franchisé était propriétaire de son fonds. La propriété du fonds de commerce serait alors un critère important sinon décisif.

425. Mais une autre interprétation est possible. La qualification de commerçant retenue par la chambre commerciale est intervenue en matière de compétence (2) et non en matière de sécurité sociale. Il se peut que la qualification dépende alors essentiellement de la matière concernée, les indices de rattachement variant selon les branches du droit. Des qualifications cumulatives seraient alors possibles (3). Un franchisé pourrait se voir reconnaître la qualité de salarié par le droit de la sécurité sociale ou par le droit fiscal, branches du droit dont on connaît l'esprit pragmatique et peu formaliste (4), tout en restant commerçant pour les autres branches du droit (5).

426. Cette analyse peut être confortée par les solutions données par la Cour suprême dans un domaine voisin.

---

(1) Cass. Com. 21 octobre 1970 J.C.P. (G.I.) 1971.II.16131 n. P. Level.
(2) Cass. Com. 21 octobre 1970 précité.
(3) Une telle analyse suppose que l'hypothèse du pluralisme juridique soit admise comme normale, et non plus comme une situation aberrante à éliminer si possible.
(4) En ce sens, M. Meyonnaix obs. J.C.P. (G.I.) 1969.II. 16264. Un argument d'exégèse permet d'appuyer cette interprétation. L'arrêt des chambres réunies ne parle pas de "subordination juridique" mais simplement "de lien de subordination d'employé à employeur au sens de l'article L.241 du code de la sécurité sociale.
(5) En réalité ces deux analyses ne sont pas totalement exclusives l'une de l'autre. Admettre la possibilité d'un cumul de qualifications ne signifie pas que le degré d'intégration ne doive pas être pris en considération. Il est très probable que la propriété du fonds de commerce apparaît dans tous les cas comme un élément important pour déterminer la qualification.

Il s'agissait de savoir si la loi du 21 mars 1941 qui soumet aux dispositions du code du travail "les personnes dont la profession consiste essentiellement à vendre des marchandises qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une entreprise industrielle ou commerciale lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et aux prix imposés par ladite entreprise" (1), s'appliquait aux pompistes, locataires gérants de stations services.

La cour de cassation l'a admis, tout en maintenant la qualification de locataire gérant (2). La chambre sociale a retenu sans ambiguité le cumul des qualifications de salarié et de commerçant selon l'institution

---

(1) Ce texte n'est susceptible de s'appliquer qu'à des franchises de distribution, c'est-à-dire en fait à celles qui sont le moins subordonnées au franchiseur (Jf. P. Level, note au J.C.P. (C.I.) 1971.II.10132).

(2) Cass. Soc. 13 janvier 1972, J.C.P. 1972 (C.I.) II.10700 ; D. 1972. 425 ; Dijon 20 décembre 1972 J.C.P. 1973. N. 291 R.T.D. Com. 1973. 752 obs. Boitard et Dubarry ; Cass. Soc. 27 février 1974, Bull. V. 145 ; Cass. soc. 9 juillet 1974, Bull. V. 429. Cass. soc. 18 décembre 1975 Bull. V 621, D. 1976.399 n. A. Jeammaud. Voir aussi l'étude très critique de E. Schaeffer, Le pompiste en station service partagé J.C.P. (C.I.) 1972.II.10699 comp. J. Hémard note au D. 1971.631 sous Paris 9 mars 1971 et 8 juin 1971. Adde l'accord interprofessionnel du 25 avril 1973 et la proposition de loi enregistrée au Sénat le 7 septembre 1973 (Sénat, Doc. Parl. 2e session 1972-1973 nº 383.)

applicable (1). Cette double qualification est susceptible de s'appliquer à certaines franchises (2), à condition (3) toutefois que le franchisé ne soit pas reconnu propriétaire de son fonds (4).

---

(1) Il s'agit là d'une hypothèse manifeste de pluralisme juridique. Ce pluralisme découle de la situation du petit commerce en voie de prolétarisation (Cf Les tentatives de la loi Royer (Loi 73.1193 du 27 décembre 1973 J.C.P. 1974, III.41167) pour retarder ce phénomène et les distorsions juridiques introduites en conséquence J. Calais Auloy, La loi Royer et les consommateurs D. 1974 ch. 96 ; J.C. Serna et C. Benoît, Le dispositif d'orientation du commerce et de l'artisanat (J.C.P. 1974 I.2643). Le pluralisme juridique est un moyen de cerner ce phénomène de manière plus précise et d'éviter de trop grandes distorsions entre le fait (multiple) et le droit. Il permet ici de saisir le phénomène de concentration par décentralisation. Les contradictions qui peuvent en résulter (Cf. E. Schaeffer article précité n° 41 et s) ne sont que les conséquences des contradictions économiques et sociales dans lesquelles ces entreprises se débattent.
Ce pluralisme permet en outre de faire échec dans une certaine mesure aux méthodes adoptées par les pouvoirs privés économiques pour se décharger d'un certain nombre de charges sociales (Cf supra n° 224 et ss.

(2) L'application de ce texte présente de nombreux intérêts. Les parties sont soumises au régime des conventions collectives. Les lois sociales en matière de rupture abusive de contrat doivent s'appliquer. Le concédant doit prendre en charge les risques d'exploitation et les pertes subies par le concessionnaire et lui garantir un salaire minimum. Les salariés du "salarié" doivent être pris en compte pour la mise en œuvre des institutions représentatives du personnel. Les salariés de ces salariés doivent pouvoir se retourner contre l'entrepreneur principal (Article 1er du livre II du code du travail et 30 C du livre I, Cf Cass. soc. 23 mai 1972 D. 1973, som. 4).

(3) La loi impose plusieurs conditions. Dans la plupart des cas ces conditions existent dans le franchising (au moins si on les compare à la situation des gérants de station service). (Sur la critique des solutions de la cour de cassation voir E. Schaeffer, art. précité n° 17 et s). Il est certain que le franchiseur est très soucieux du local, puisqu'il participe directement à son aménagement. Il contrôle les prix de manière au moins aussi étroite que les compagnies pétrolières.

(4) La loi de 1941 exige que le local soit fourni ou agréé par le concédant. En conséquence l'exploitant ne doit pas être propriétaire du fonds de commerce. Il y aurait alors agréement du fonds de commerce et non du local (E. Schaeffer, article précité n° [illegible]).

487. L'existence d'un fonds de commerce suppose une clientèle (1), c'est-à-dire la mise en oeuvre d'un certain nombre de facteurs personnels propres à attirer et à fixer les clients. Il n'est pas certain que la situation du franchisé lui permette de répondre à cette exigence. Le franchiseur fournit l'enseigne et la marque, fabrique les produits et conçoit les services distribués par le franchisé. Il contrôle aussi la publicité et parfois l'assure directement.

Or la jurisprudence (2) considère que l'exploitant d'une station service qui loue à une compagnie pétrolière une installation parfaitement aménagée ne loue pas le local mais loue le fonds de commerce, car tous les éléments susceptibles d'attirer la clientèle, en particulier la marque, appartiennent au loueur.

La différence essentielle entre le franchisé et le gérant de station service tient donc à la propriété du local. Or il est impossible de considérer que le concessionnaire est titulaire d'un fonds lorsqu'il est propriétaire du local ou le loue à un tiers et de considérer que le concédant est propriétaire du fonds lorsque le local lui appartient. L'immeuble qui n'est pas un élément du fonds ne peut servir de critère essentiel pour en déterminer la propriété (3); il est donc possible de dire que les contrats de franchise ont pour effet souvent de dissocier la propriété du fonds de son exploitation.

---

(1) Ripert et Roblot, T. I 8e ed. nº 538.

(2) Cass. Com. 27 février 1973 (2 arrêts) J.C.P. (G.I.) 1974,II,17844 n. A. D. 1974.286 n. J. Derrupé. Adde T.G.I. Paris 25 mai 1970 J.C.P. (G.I.) 1971,II,16132 n. PL.

(3) Le know-how commercial apparaît en effet comme une technique importante d'attrait de la clientèle.

428. Cette solution ne peut cependant être posée en règle absolue. Lorsque le local est apporté par le franchisé et que l'emplacement joue un rôle important, il sera possible d'admettre l'existence d'une copropriété sur le fonds.

Dans d'autres cas, l'intégration ne sera pas assez poussée pour que la propriété du fonds passe au concédant. Cette dernière situation sera, en fait, assez fréquente dans les concessions de type traditionnel. Le know-how du concédant n'a en effet qu'une faible importance. L'autonomie du concessionnaire est relativement grande et lui permet de s'attacher une clientèle personnelle (1).

429. L'intégration économique fait souvent douter de l'indépendance patrimoniale. Cette dernière reste cependant le principe. Elle fait peser sur le concessionnaire des risques importants à l'expiration du contrat.

Le concessionnaire, s'il n'est pas protégé par la loi de 1941 se trouvera à ce moment là dans une situation très difficile. Il ne pourra plus distribuer les produits du concédant, ni fournir les mêmes services en raison des clauses de non concurrence le liant à son partenaire (2), ni enfin utiliser l'enseigne et la marque du concédant.

La jurisprudence admet cependant le principe de la liberté de résiliation des contrats de concession à durée indéterminée (3) sauf abus ou

---

(1) Sur la validité des clauses de non concurrence voir infra. Aide la proposition de loi précitée de MM Blou et Cousté qui limite la validité de ces clauses de non concurrence à une durée de deux ans et à une région déterminée.

(2) Il est certain cependant que le local peut avoir une incidence directe sur l'existence d'une clientèle. Rennes 21 mai 1974 J.C.P. 1974.II.17977 n. Y. Guyon. Mais l'existence de la clientèle ne dépendait pas de la propriété du local, mais de sa situation.

(3) Cass. Com. 8 mars 1967 J.C.P. (C.I.) 1969.86084 n. J. Hémard. Cass. Com. 16 octobre 1967 D. 1968.133. Cass. Com. 16 février 1970 D. 1970.391, Cass. Com. 13 mai 1970 D. 1970.701 n. J. Guyenot. Cass. Com. 21 octobre 1970 J.C.P. (C.I.) 1972.II.10632 n. J. Hémard. Cass. com. 9 mars 1976 Bull. IV 90.

légèreté dans l'initiative de la rupture (1). La légèreté est d'autant plus facilement décelée que l'intégration était étroite (2). Les tribunaux, en revanche, ne distinguent pas selon que le concessionnaire est acheteur revendeur ou dépositaire, du moment qu'il agit pour son propre compte (3).

La rupture du contrat pourra entraîner cependant dans certaines circonstances des refus de vente. Le concessionnaire pourra légitimement s'en plaindre si les conventions d'exclusivité liant le concédant aux autres concessionnaires ne sont pas justifiées (4). La portée de ce palliatif est limitée. Le concessionnaire exclu n'obtient son approvisionnement qu'en faisant tomber des contrats dont il voulait obtenir le renouvellement.

430. L'expiration de la convention met fin à les relations étalées dans le temps. La liquidation de ces relations contractuelles ne peut être instantanée. Le problème du sort des stocks se pose alors avec acuité (5). La solution est simple si le concessionnaire n'est que dépositaire. Le concédant doit reprendre les marchandises qui lui appartiennent, et le concessionnaire doit les lui restituer (6). La situation est plus délicate lorsque le concessionnaire est propriétaire des stocks. Il lui sera difficile de les écouler sans le support de la concession. Il est donc important que le concédant les reprenne. Il n'est cependant pas tenu de le faire, sauf clause expresse ou sauf

---

1) [illegible] de loi précitée de MM. Glou et Couste prévoit le versement d'une indemnité de résiliation.
[illegible] par exemple Cass. Com. 18 janvier 1972 [illegible] 1973, II, 11129 n. J. Hémard. Adde Amiens 29 novembre 1973 [illegible] 13, 14 mars 1974 n. Guyenot [illegible] 1975, II, 11037. Cass. Com. 9 mars 1976 D.1976.388. Bull.IV 89.
2) Amiens [illegible] novembre 1973 précité.
3) Cf. Cass. Com. 21 octobre 1970 J.C.P. [illegible], 1971, II, 10131.
4) Cass. Com. 8 octobre 1968 J.C.P. 1969, II, 15807 n. J. Hémard.
5) M. Cabrillac, Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente D. 1964 ch. [illegible], Adde M. A. Coudert, La garantie d'éviction du fait des tiers ou du fait personnel du vendeur dans les ventes commerciales de meubles corporels D. 1973, ch. [illegible].
6) Cass. Com. 18 janvier 1972, précité.

s'il apparaît que la vente du stock avait pour seul objet de permettre [illegible] bonne exécution du contrat de concession (1).

431. Pour limiter ces graves inconvénients, une décision au moins a admis la possibilité d'ordonner l'exécution forcée du contrat en cas de rupture fautive du concédant causant un grave préjudice au concessionnaire (2). Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre. Il nomme pour faire appliquer la décision un "personnage idoine" dont la fonction est proche de celle d'un administrateur provisoire. Il met ainsi en relief le particularisme de contrats qui ont pour objet de réaliser une opération de concentration (3). Au fond la solution de l'arrêt peut être rapprochée de celle admettant la reintegration du personnel (4). Cette décision témoigne ainsi de la situation très particulière du concessionnaire et de sa dépendance économique (5). Ce dernier aspect n'apparaît pas lorsque les services ne sont plus l'objet de concentration mais sont l'objet de la concentration.

Sous-Section II - Les services, objets de concentration

432. Le recours aux sociétés de services permet l'amélioration de la gestion des entreprises. Ces sociétés peuvent se trouver dans la dépendance économique de leurs clients importants. L'intégration est dûe à l'absence de diversification de la clientèle. Ces situations infra juridiques ne peuvent être analysées longuement ici.

---

(1) Cass. Com. 22 janvier 1969 J.C.P. 1969.II.16006 n. J. Hémard Comp. Cass. Com. 16 février 1970, précité.
(2) Colmar 18 octobre 1972 J.C.P. 1973.II.17479 n. J.J. Burst D. 1973.439 n. M. Cabrillac et A. Seube.
(3) M. Cabrillac et A. Seube, note précitée.
(4) Cass. Soc. 14 juin 1972 J.C.P. 1972.II.17275 n. G. Lyon-Caen.
(5) J.J. Burst, note précitée. Voir en ce sens aussi la proposition de loi précitée n° [illegible] article.

433. Il arrive cependant qu'elles obtiennent une sorte de reconnaissance juridique. Elles peuvent alors inspirer au juge ou même au législateur des solutions intéressantes. Tel est le cas de la sous traitance de services qui constitue un domaine important de la sous traitance (1). Les solutions admises en matière de sous traitance de produits sont transposables dans ce domaine (2). Les problèmes se posent essentiellement dans les rapports entre sous traitant et entrepreneur principal et dans les rapports entre sous traitant ou entrepreneur principal et les tiers.

Dans le premier cas, la loi du 31 décembre 1975 (3) dispose que l'entrepreneur principal devra fournir une caution personnelle et solidaire obtenue auprès d'un établissement agréé ou bien "devra déléguer" le maître de l'ouvrage ou le sous traitant dans les termes de l'article 1275 du code civil (4). Il est aussi possible d'admettre (5) que dans certaines circonstances le fabricant doive répondre des fautes commises par le sous traitant.

Dans le deuxième cas, le maître de l'ouvrage dispose de certains droits et est soumis à des obligations envers le sous traitant. La loi du 31 décembre 1975 permet au maître de l'ouvrage d'obtenir communication des contrats de sous traitance (art. 3). Il a été admis que le maître de l'ouvrage pouvait agir directement contre la société de services sous traitante (6).

---

(1) Sur la sous traitance, technique d'intégration cf. H. Champaud, Les méthodes de groupements des sociétés R.T.D.Com. 1967, 303 et ss et particulièrement p. 1036 et ss. J. Valentin, Le contrat de sous traitance, thèse Paris II 1975 p. 200 et ss.

(2) Y. Dousset, La sous traitance, thèse Clermont Ferrand 1971, J. Valentin, Le contrat de sous traitance, thèse précitée.

(3) J.C.P. 1976. C.I. III.43698. Adde J. Flechoux, La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous traitance J.C.P. 1976.I.2751.

(4) Art. 14 de la loi du 31 décembre 1975.

(5) Trib. Com. Seine 6 janvier 1964. Journal des agréés 1964,135 n. M. Cartercr Comp. C.E. 5 novembre 1965 J.C.P. 1966.II.14540, sur les garanties de paiement des sous traitants. Voir Rép. Quest. écrite n° 1147 J.O. Déb. A.N. 7 septembre 1974, Aide Cass. Civ. 3 15 octobre 1971 D. 1974 som. 149, qui donne la solution sur l'existence d'une faute de surveillance.

(6) Cass. Com. 18 décembre 1962 Bull. IV n° 548.

Inversement, le sous traitant dispose d'une action directe contre le maître de l'ouvrage dans les limites des sommes dûes par ce dernier à l'entrepreneur principal (1). Enfin il a été admis que le fournisseur du sous traitant pouvait agir directement contre l'entrepreneur principal (2).

434. La nécessaire spécialisation des entreprises favorise aussi la collaboration égalitaire des firmes. Cette collaboration porte souvent sur des points limités mais délicats.

Les services ne sont pas les seules activités à faire l'objet d'une telle coordination (3). Ils ont cependant une place importante au sein de ces procédés, en raison de l'importance prise par les facteurs technologiques dans ces domaines. Les besoins en services sont nombreux et affectent tous les secteurs des entreprises. Il faut citer parmi les plus importants : les besoins de recherche, de personnel, de transport, de recherche de débouchés, etc...

Dans certains cas les services vont servir de lien entre deux ou plusieurs entreprises concurrentes exerçant les mêmes activités mais qui désirent rentabiliser leurs investissements (4). Dans d'autres cas, ils servent de lien entre deux entreprises complémentaires dont la collaboration est une nécessité pour améliorer leur situation sur le marché. Les contrats de recherches sont un instrument privilégié de ce type de coopération (5).

---

(1) Article 13 de la loi du 31 décembre 1975. Dans les marchés publics lorsque le sous traité a été agréé par le maître, le sous traitant bénéficie d'un paiement direct.

(2) Lyon 6 mars 1968 J.C.P. 1968.2.15706. Pour une condamnation in solidum de l'entrepreneur principal et du sous traitant voir Cass. civ. 1e 11 juin 1976 J.C.P. (C.I.) 1976.I.5493.

(3) R. Sié, Les entreprises face aux problèmes juridiques des services inter-entreprises in Les services communs d'entreprises (Actualités de droit de l'entreprise Montpellier 1972 Librairies techniques 1974 p.15 et ss.

(4) L'accord Peugeot-Renault est un bon exemple de ce type de collaboration.

(5) J.M. Mousseron, Services communs de recherche, in Actualités de droit de l'entreprise Montpellier 1972 précité p. 87 et s. et particulièrement p. 89 et s.

Ces besoins peuvent être temporaires, par exemple la recherche d'un procédé nouveau de fabrication, ou permanents : l'exploitation d'un procédé, l'approvisionnement, etc... Ces facteurs ont une incidence directe sur les modalités de la collaboration. Un besoin temporaire se satisfera souvent d'un contrat souple. Un besoin permanent au contraire demandera la création d'une personne morale (1).

§ 1 - Les techniques contractuelles, de concentration des services

435. Ces contrats sont très nombreux et ils répondent à des besoins divers. Certains sont spécifiques à l'activité exercée en commun. Un exemple très significatif en est fourni par les contrats de recherche en commun. D'autres formules sont plus générales. L'association en participation en offre un exemple.

A) Les contrats de recherche en commun (2)

436. La recherche en commun n'emprunte pas nécessairement le moule du contrat. Des formes plus stables sont fréquemment utilisées (3). Le recours à une personne morale a lieu lorsque la recherche est confiée à une filiale d'un groupe, ou lorsqu'une société est spécialement créée et constitue une filia-

---

1 Cette corrélation est loin d'être absolue. Dans certains cas un besoin temporaire, mais nécessitant d'importants investissements justifiera la création d'une personne morale. Inversement la collaboration durable peut très bien se dérouler dans le cadre d'un contrat.
R. Houin, Les groupements de recherches en commun, in aspects juridiques de la recherche scientifique, travaux de la Faculté de droit de Liège 1965 p. 263 et ss.

2 J.A. Mousseron, Services communs de recherche, art. précité ; B. Mercadal Ph. Janin, Les contrats de coopération inter-entreprises op. cité n° 1050 et ss.

3 R. Houin, art. précité.

le commune [illegible]. Il ne sera pas question ici de ces formes [illegible].

437. Ces contrats de recherches peuvent réunir des entreprises très [illegible] par leur taille et par leurs activités [illegible], et avoir des contenus très différents. Mais ils doivent tous organiser l'élaboration de la recherche et le sort des résultats.

a) La mise en commun d'activités

438. Le contrat répartit d'abord les tâches à accomplir par les [illegible] partenaires. La relative indétermination de l'objet de la recherche [illegible] cette organisation délicate. Il est assez fréquent qu'après avoir [illegible] globalement le domaine de leur collaboration les parties se laissent [illegible] lement libres de conduire les recherches à leur guise. Dans tous les [illegible] cependant le contrat précise avec soin les conditions d'échange de [illegible] tions, jusque dans ses modalités matérielles (lettres, rapports, périodiques, etc... . Cette obligation est essentielle et est une condition indispensable à la réalisation du contrat.

Le contrat répartit aussi les moyens de la recherche, en personnel, en matériel et en locaux. Il fixe les charges financières de [illegible] des parties et détermine un projet de budget. Il est inutile de développer ici ces questions qui sont comparables à celles rencontrées dans les contrats de recherches classiques (4).

439. Il est toujours difficile d'organiser avec précision le déroulement de l'opération de recherches, en raison de l'aléa inhérent à cette activité.

---

(1) J.M. Mousseron, art. précité p. [illegible] et ss. B. Mercadal, Ph. Janin, op. cité n° [illegible].
(2) Sur ces formes voir infra n° 736.
(3) J.M. Mousseron, art. précité p. [illegible] et ss.
(4) Voir supra n° [illegible] et ss.

tournée essentiellement vers l'avenir. C'est pourquoi ces accords prévoient avec précision les conditions de la mise en commun des résultats.

b) La mise en commun des résultats

440. Certains contrats établissent un projet de collaboration durable au delà de l'exécution de la recherche. La création d'une personne morale chargée d'exploiter les découvertes réalisées est alors souvent envisagée (1).

La collaboration envisagée peut être moins ambitieuse, et n'organiser que la répartition des résultats. Le problème consiste à déterminer les conditions d'appropriation des connaissances élaborées. Si ces connaissances ne sont pas brevetables, elles ne peuvent faire l'objet d'une véritable propriété (2). Ces connaissances confidentielles sont protégées par des clauses de secret (3). Les contrats prennent soin en outre de régler le sort de l'évolution de ces connaissances. Les conditions de communication à des tiers sont aussi prévues, de même que le sort des améliorations.

Si les connaissances sont brevetables, le contrat doit organiser les conditions du dépôt et les conditions d'appropriation. Les parties ont alors le choix entre la propriété individuelle ou la propriété collective. Dans le premier cas, un des partenaires prend le brevet et il en concède la licence aux autres contractants. Dans le second cas, les brevets sont pris en copropriété (4). Un règlement de copropriété est établi qui fixe les droits respectifs des parties.

---

(1) J.M. Mousseron, article précité p. 186.
(2) Voir infra n° 496 et ss.
(3) Idem.
(4) La copropriété des brevets, Le rencontre de la propriété industrielle Lyon 1972 Coll. IRIPI Librairies techniques 1973.

Afin d'éviter les litiges, les parties prennent soin, dans tous les cas, de régler les conditions d'exploitation des inventions ainsi que le sort des découvertes postérieures à l'expiration du contrat.

Dans les contrats de recherche en commun, l'autonomie des parties reste grande. Leur collaboration ne porte pas essentiellement sur leurs activités. Il en va différemment dans la société en participation qui permet une coopération plus étroite.

B) La société en participation (1).

441. Ce cadre juridique était traditionnellement conçu comme un moyen de financement occulte du gérant. Il a pris une importance nouvelle en devenant une technique de collaboration souple.

Cette société réglementée par les articles 419 à 422 de la loi de 1966, a deux particularités : le caractère occulte et l'absence de personnalité morale. Son intérêt essentiel réside dans la très grande liberté laissée aux associés dans l'établissement de leurs rapports.

442. Cette structure est fréquemment utilisée pour animer des organismes d'études industrielles et commerciales (2). Les associés s'engagent à subvenir aux frais de recherche. Le gérant apparaît seul aux yeux des tiers. Ce caractère facilite le maintien de la confidentialité des recherches.

---

(1) Escarra et Rault, Les sociétés commerciales, I nº 176. Martine, Le problème des qualifications à propos des sociétés en participation, R.T.D. Com. 1959.63 ; M. Rengade, Jurisclasseur sociétés, fasc. 65 et s. R. Percerou, La société en participation, in nouvelles techniques de concentration, actualités juridiques de droit de l'entreprise, Montpellier 1971 Librairies techniques 1972 p. 75 et s.

(2) Cass. Com. 21 octobre 1949 D.C.P. 1950.II.5773 n. Bastian.

L'association en participation n'est souvent dans l'esprit des associés qu'une première étape. Le contrat d'association prévoit alors des clauses relatives à la constitution d'une société nouvelle et prévoit l'attribution des actions entre les participants.

La liberté laissée aux parties ne présente pas que des avantages. Il est ainsi impossible de prévoir des apports en propriété ; la société ne peut en avoir que la jouissance. Des problèmes délicats peuvent en conséquence surgir lorsqu'il s'agit de partager les résultats (1).

Il importe aussi que les parties fixent avec soin les modalités de leur collaboration, la société n'ayant aucun organe délibérant. Le problème du financement des opérations décidées collectivement se pose aussi avec acuité. Les investissements ne sont pas la propriété de la société mais celle d'un des associés, ou bien sont en indivision (2).

C'est pourquoi les partenaires désirant s'associer durablement ont souvent intérêt à décider la création d'une personne morale.

§ 2 - <u>La création de personnes morales, prestataires de services</u>

443. Les structures traditionnelles - société ou association - ne répondent qu'imparfaitement aux besoins de collaboration des entreprises (3).
L'association, en raison de sa personnalité juridique limitée et de l'impossibilité de répartir les bénéfices, s'adapte mal à des groupements à but économique (4). La société impose à ses membres des structures lourdes et ne

---

(1) [illegible], Perderou, art. précité p. 81.
(2) Idem.
(3) Voir par exemple pour les problèmes posés par la recherche en commun, R. Houin, Les groupements de recherches en commun, article précité, Y. Guyon, G. Coquereau, Le groupement d'intérêt économique. 2e éd. Dalloz 1973 p. 3.
(4) Voir pour l'usage abusif d'un syndicat professionnel comme instrument de coopération. Colmar 17 avril 1974 [illegible]

correspond pas exactement a l'objet de ces groupements. La recherche de bénéfices est secondaire dans ces formules de collaboration.

444. Le législateur soucieux de moderniser les structures économiques a élaboré ces dernières années des structures juridiques mieux adaptées à ces besoins.

Les sociétés civiles de moyens (1), créées par la loi du 1er novembre 1966 (modifiée par la loi du 23 décembre 1972) ont pour but de permettre la collaboration des membres des professions libérales. Dans le secteur agricole différents groupements ont été créés pour favoriser le processus de concentration. Les sociétés d'intérêt collectif agricole (2), les groupements agricoles d'exploitation en commun (3) ou les coopératives agricoles (4) en sont les exemples les plus importants. Des mesures analogues ont été prises dans le commerce de détail (5). Les activités intellectuelles ont aussi fait l'objet de l'attention du législateur (6).

---

(1) P. Terré, Les sociétés civiles professionnelles J.C.P. 1967.I.2103 P. Terré, La révision de la loi sur les sociétés civiles professionnelles J.C.P. 1973.I.2554. Y. Guyon, Rep. sociétés Vº sociétés civiles professionnelles. Y. Cheminade, Les sociétés civiles de moyens J.C.P. 1971.I. 2405.

(2) J. Rozier, Les sociétés d'intérêt collectif agricole, Paris 1965.

(3) J.M. Bermond de Vaulx, Les groupements agricoles d'exploitation en commun, R.T.D. Com. 1965.787.

(4) R. Saint Alary, La réforme du statut des sociétés coopératives agricoles R.T.D.Com. 1972.937.

(5) J.C. Berna, Les aspects juridiques de la concurrence entre grandes et petites surfaces J.C.P. (C.I.) 1971.II.10639. J.C. Berna, Les magasins collectifs d'indépendants J.C.P. (C.I.) 1972.II.10743. J.C. Berna, Sociétés coopératives de commerçants détaillants et magasins collectifs commerçants indépendants Rev. Soc. 1972.443.

6) R. Saint Alary, observations à la R.T.D.Com. 1973.301.Barseghian Les sociétés financières d'innovation These Paris I 1974.

445. Ces formules presentent certains traits communs. Elles ont pour objet la mise en commun d'une partie de l'activité et des biens des associés. Cette mise en commun doit permettre de réaliser une étroite coopération entre les membres du groupement.

Ce but affecte profondément les structures de ces institutions. Elles sont généralement fermées car l'intuitus personae y joue un rôle important. La personnalité morale ne fait pas disparaître totalement la personnalité des associés. Ces structures ont pour fonction de servir de cadre à une coopération et non d'organiser une nouvelle entreprise. Les organes prévus sont légers et cherchent à concilier la discipline nécessaire à la vie collective avec le respect de l'indépendance des individus.

446. Le législateur ne s'est pas borné à créer des structures spécialisées. Il a aussi mis sur pied des formules de collaboration à portée générale. Le groupement d'interêt économique (1) et à un moindre titre la société conventionnée (2) en sont les exemples les plus importants.

A) Le G.I.E.

447. Il a connu un très grand succès (3) car il est bien adapté à la création de services communs : recherches, études de marché, publicité, service après

(1) Voir Durand et Latscha, Le groupement d'intérêt économique Paris 1968. J. Huyenot, Les contrats de groupement d'intérêt économique Paris Dalloz 1970. J. Lavasre, Le groupement d'intérêt économique, une expérience de liberté contractuelle, préface J. Delmas, Lib. Tech. 1972. Y. Guyon et G. Coquereau, Le groupement d'intérêt économique Dalloz 2e ed. 1973.

(2) C. Gavalda, Une formule méconnue, les sociétés dites conventionnées pour l'adaptation à la C.E.E. D. 1969 ch. 260. Trescases, L'avenir des P.M.E. Les actions concertées, Paris 1970. C. Gavalda, Rep. Soc. Vo Sociétés conventionnées.

(3) Cf Guyon et Coquereau, op. cité p. 5 et annexe III.

vente, software, etc... (1). Cette structure est en effet prévue pour favoriser la collaboration de ses membres.

a) Le G.I.E. structure d'accueil des services communs

448. Cette fonction apparaît clairement dans l'objet du groupement, dans le sort des bénéfices et dans le régime des apports.

449. L'objet du groupement doit être économique. Il se distingue ainsi très nettement de l'association. Le domaine d'activité du G.I.E. est cependant très large. Il ne se limite pas à l'activité commerciale. Toutes les entreprises peuvent créer des G.I.E. Cette forme juridique peut même être utilisée par les professions libérales (2).

Mais l'objet du groupement ne doit être que le prolongement de l'activité de ses membres (3). Une conséquence juridique importante en découle. L'objet commercial du groupement n'a aucune incidence sur la situation de ses membres, qui ne deviennent pas pour cette seule raison commerçants (4). L'activité du G.I.E. est toujours (5) l'accessoire de celle des participants.

---

(1) Au 1er janvier 1972 3631 G.I.E. avaient été constitués. D'après un sondage effectué par le Ministère de l'industrie portant sur 100 G.I.E. immatriculés en 4 ans il apparaît que : 418 avaient pour objet la recherche, 16 la gestion, 5 la publicité; 39 G.I.E. sur 100 avaient donc une activité de service.

(2) Guyon et Coquereau, op. cité nº 52.

(3) Le Fol, Possibilités et limites du G.I.E., Bilan objectif et stratégies des G.I.E. Paris 1970 p. 44.

(4) Guyon et Coquereau, op. cité nº 7.

(5) S'il en est autrement, le groupement est irrégulier et dégénère en société de fait (comp. Trib. Com. Paris 23 février 1970 J.C.P. 1970.II.16388 n. Y. Guyon D. 1971.45 n. J. Guyenot R.T.D. Com. 1970.499 obs. Houin.

La proposition ne doit cependant pas être inversée. Le fait que les participants soient commerçants n'entraîne pas la commercialité du G.I.E. (1). Une telle solution aboutirait à dénier tout effet à la personnalité juridique (2).

Le G.I.E. doit rester une structure d'appoint. Il ne peut en aucun cas déboucher sur une fusion des activités des entreprises concernées. Il ne lui est cependant pas interdit de fonctionner aussi au profit des tiers.

450. Le G.I.E., du fait de ce caractère, ne peut avoir pour but principal la réalisation de bénéfices et leur répartition. Le but essentiel du groupement étant de fournir des services à ses membres, la recherche de bénéfices et leur distribution ne peut être qu'accessoire.

451. Simple prolongement de l'activité de ses membres, le G.I.E. peut être constitué sans capital. L'existence d'apports en numéraire ou en nature est secondaire. En raison de la responsabilité indéfinie pesant sur tous les participants, il n'existera très souvent que des apports en industrie. Cet apport collectif d'activités et de compétences doit permettre au groupement de rentabiliser et d'améliorer ses prestations. Les conditions de réalisation de ces services doivent cependant être précisées.

---

(1) En ce sens Guyon et Coquereau, précité nº 6. Orléans 9 novembre 1972 J.C.P. 1973,II.17508 n. Y. Guyon. Contra J. Calais Auloy, L'ordonnance du 23 septembre 1967 sur le G.I.E. in Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, Actualités de droit de l'entreprise 1968 p. 40 et s.

(2) Il est vrai que la personnalité de ce groupement est fortement atténuée. Voir par exemple J.C. Burst, Une personnalité morale amoigue : la personnalité morale du groupement d'intérêt économique J.C.P. (G.I.) 1978. II.18967.

b) Le G.I.E. et ses membres

452. Ce groupement accomplit des opérations en circuit fermé. La question s'est posée de savoir si ces relations devaient être réglés par les statuts ou par les contrats individualisés.

Certains auteurs ont soutenu cette dernière thèse (1). Le G.I.E. peut certainement passer des contrats avec ses adhérents. Leur nature juridique dépendra de l'opération effectuée : vente, mandat ou contrat d'entreprise. Le seul particularisme de ces contrats est qu'ils auront normalement lieu à prix coûtant. Le G.I.E. n'a aucun intérêt à retirer de ces opérations un bénéfice. Mais rien n'empêche que ces contrats soient nécessaires. L'objet du groupement étant la réalisation d'opérations pour le compte de ses membres, il est parfaitement normal que les modalités de ces activités soient régies par les statuts ou par le règlement intérieur (2) qui peut notamment comporter les conventions d'exclusivité (3) dont la validité sera soumise aux conditions du droit commun (4). Les contrats particuliers passés avec les membres du groupement doivent en conséquence être l'exception (5).

La légèreté de la formule juridique imaginée par le législateur a permis son succès. Il n'en est pas allé de même de la société européenne née malgré ses avantages fiscaux.

---

1) J.J. Burst, Le choix du lien unissant le groupement à ses membres, in Services communs d'entreprises, op. cité p. 47.
(2) Guyon et Coquereau, op. cité nº 135 et 136.
(3) Idem nº 139.1.
(4) Voir infra IIe partie.
(5) Guyon et Coquereau, op. cité nº 140.

B) La société conventionnée (1)

453. Ces sociétés créées par une ordonnance du 4 février 1959, se présentant comme des filiales communes de petites ou moyennes entreprises. Les sociétés industrielles, commerciales, agricoles et certaines sociétés de services, comme les sociétés d'études et de recherches peuvent être intéressées par cette formule. Seules les personnes morales employant moins de 500 salariés peuvent y adhérer.

Leur objet doit être de prospecter des marchés, de promouvoir les ventes et les prestations de services des adhérents et d'adapter leur production au marché commun. Les sociétés conventionnées ne doivent pas normalement avoir d'activité de production. Elles ne peuvent effectuer des opérations que pour le compte de leurs membres.

454. Si n'importe quelle forme juridique peut être adoptée, ces sociétés doivent obtenir un agréement administratif qui dépend de leur programme économique. Un plan d'investissement triannuel doit en particulier être proposé. Il peut comprendre un certain nombre d'investissements intellectuels : frais d'études, dépenses nécessaires à l'amélioration de la gestion, etc... L'obtention de l'agréement permet aux sociétés de bénéficier d'avantages financiers et fiscaux. Elles peuvent accéder plus facilement au marché financier et bénéficier de prêts à moyen ou long terme sur les fonds publics. Certains amortissements bénéficient d'un régime fiscal de faveur. Les frais correspondant aux services fournis peuvent être entièrement déduits des bénéfices industriels et commerciaux. Les plus values réalisées par la cession d'actions ou

---

(1) Voir bibliographie citée n° 140 note 2.

de parts des sociétés conventionnées sont sous certaines conditions soumises à des dégrèvements fiscaux. Enfin les sociétés de capitaux membres d'une société conventionnée peuvent bénéficier du statut de "société mère".

455. La mise en commun de services apparaît en définitive comme une condition essentielle de toute collaboration durable. La raison en est sans aucun doute l'importance prise par ces prestations dans l'ensemble de la vie économique. Il n'est pas étonnant dans ces conditions que les services soient considérés comme constituant des valeurs essentielles pour les entreprises. Ils ne sont pas seulement l'objet de relations économiques mais sont aussi des biens pour les entreprises.

TITRE II. LES SERVICES EN TANT QUE BIENS DES ENTREPRISES

456. L'importance économique des services, tant en amont qu'en aval de la production (1) ne fait plus de doute. Cette valeur est telle qu'on a pu parler de vente de services (2) pour désigner les opérations juridiques n'entraînant pas transfert de propriété. Cette terminologie a au moins le mérite de montrer que les services sont pour les entreprises des biens dont l'importance est fondamentale, même s'ils ne prennent pas toujours une expression comptable.

457. Cependant, ces "biens" ne rentrent pas facilement dans les classifications juridiques traditionnelles, qui n'admettent que deux catégories de biens : les choses et les droits, ou plus exactement les biens corporels et les biens incorporels.

Les biens corporels sont les choses susceptibles d'appro- [illegible] droit sur les choses c'est-à-dire droit de propriété. [illegible] incorporels sont les droits pécuniaires, autres que le droit [illegible]. Ce sont les droits de créance, en tant que valeur économique, [illegible] droits intellectuels.

---

(1) Voir supra nº [illegible].
(2) [illegible] Savatier. La vente de service. D. [illegible] p. [illegible].

[illegible] le droit de propriété et les droits [illegible]lectuels donnent à leur titulaire un droit absolu, c'est-à-dire existant en dehors de toute relation contractuelle, les droits de créance n'existent [illegible] dans les limites d'un rapport personnel [illegible]. Toutes les tentatives faites pour les traiter [illegible] sont restées [illegible].

458. L'examen [illegible] d'une entreprise de services [illegible] montre que [illegible] existent que dans ces rapports [illegible]. Débiteur [illegible] faire. Le prestataire de services [illegible] titulaire [illegible] lorsque le service [illegible]. [illegible] n'a pas, en soi, [illegible]. Avant l'exécution du contrat, [illegible] de services [illegible], il ne s'est pas encore [illegible], [illegible] réellement [illegible] bien, il est [illegible] et [illegible] titulaire [illegible]. Au contraire, le titulaire de droits [illegible]tuels comme [illegible] objets, possède de biens dont [illegible] est reconnue en [illegible] toute opération juridique et est protégée par le Droit.

459. Cependant, [illegible] analyse ne traduit qu'imparfaitement la réalité économique. [illegible] de fournir des services à une valeur économique [illegible], qui croît encore lorsque les services [illegible] fournis d'une [illegible] originale, accélérée ou massifiée. Elle ne s'exprime réellement [illegible] dans l'exécution d'un contrat, mais elle [illegible] moins [illegible] à titre de potentialité.

---

1. Marty et [illegible], Droit Civil T.2 1e vol. n° 549.

Cette valeur apparaît dans l'ensemble des moyens matériels et humains ayant pour objet spécifique l'exécution de ces prestations, c'est-à-dire dans l'existence d'une entreprise (locaux, personnel, machines, etc....). Le fonds de commerce est l'expression juridique - imparfaite et incomplète - de ces éléments (1). Mais, dans l'entreprise de services, les moyens intellectuels et immatériels ont une aussi grande importance. Ils permettent à l'entreprise d'assurer la spécificité des prestations.

Ces moyens sont souvent déterminants dans la constitution de la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce (2). A ce titre, il est possible de dire que l'aptitude à fournir des services est un bien. Mais la patrimonialisation des moyens intellectuels et humains est rejetée lorsque les services fournis sont exclusivement de cette nature. La doctrine et la jurisprudence (3) considèrent alors que la clientèle n'existe qu'en raison de la personnalité du prestataire et disparaît avec lui. C'est pourquoi la cession de clientèle est en principe prohibée pour les professions libérales.

Il est vrai que la pratique - en décomposant les éléments du cabinet - a trouvé des moyens de pallier à cette interdiction. Il n'en demeure pas moins que la patrimonialisation des services n'est qu'indirecte. Elle se manifeste essentiellement à travers les éléments matériels nécessaires à l'activité de l'entrepreneur et à travers un certain nombre d'obligations - de faire ou de ne pas faire -, imposées au cédant.

---

(1) Voir infra nº 660 et ss.
(2) Escarra et Rault T.1 nº 435 Comp. Ripert et Roblot T.1 nº 526 et 529.
(3) J. Savatier, Thèse précitée p. 179 et s.
R. Savatier, Les contrats du conseil professionnel. Précité nº 26.

450. Il est dès lors particulièrement intéressant pour les entreprises de se voir reconnaître des droits privatifs sur les services. Cette reconnaissance est pour ces entreprises d'autant plus importante que les services peuvent facilement être copiés ou confondus.

Cette protection accrue peut avoir lieu de deux manières. Il peut s'agir d'abord d'une protection directe. Cette protection aboutit en quelque sorte à la capitalisation des services. Ce passage de prestations à des choses capitalisées n'est d'ailleurs pas inconnu dans notre droit. Les brevets d'inventions ne sont pas autre chose que le résultat tangible et reconnu par le droit, d'activités de services (1). Mais la prise de brevet n'est pas obligatoire, et certaines inventions ne sont pas brevetables.

Ces activités, intellectuelles ou techniques, aboutissant à l'amélioration de la production ou de la gestion d'une entreprise sont considérées par les praticiens comme de véritables biens. Les entrepreneurs cherchent à donner, contractuellement à ces procédés, ces know-how, un statut proche de celui des brevets. Mais en l'état de notre droit positif, ce statut n'est que contractuel.

La protection légale des services n'est qu'indirecte. La loi ne reconnaît pas un droit privatif sur les services, mais permet de les identifier plus facilement, et protège cette identification. Mais parce que le service est immatériel, ce droit sur le signe prend une importance considérable, et aboutit à transformer la nature du service.

D'où les deux chapitres de ce titre.

Chapitre I : le know-how

Chapitre II : Les marques de services.

(1) R. Savatier. La vente des services. Art. précité p. 425 n° 5.

CHAPITRE I. LE KNOW-HOW.

461. Le concept de know-how est apparu en France dans les années 1960 à 1965 (1). Il était connu par les entreprises avant cette époque, mais son développement est lié au développement de la recherche technologique et au changement d'échelle des entreprises. Dans les grandes entreprises, les produits sont souvent très proche d'une firme à l'autre. Ce qui les distingue, ce sont les procédés permettant d'obtenir la meilleure rentabilité (2). Il existe ainsi des secteurs où le know-how prime largement les brevets (3).

---

(1) Voir St. Lacas. La protection légale du know-how. Prop. industrielle 1965 p. 222 et s. A. Bertin. Le secret en matière d'invention. Entreprise moderne d'édition 1965. F. Magnin. Contribution à l'étude du know-how. Mémoire DES.Dijon 1966. R. Plaisant et T.Sayn, jurisclasseur commercial. Brevets fasc. III ter voir know-how. F. Magnin. Know-how et propriété industrielle. Thèse Droit Dijon 1971, collection C.E.I.P.I. Librairies techniques 1974. A.Lucas, La protection des créations industrielles distraites, coll. C.E.I.P.I., Lib. techniques 1975.

Adde R. Fabre. Le know-how, Lib. Tech. 1976.

(2) Sur l'importance du know-how, voir les cahiers de l'entreprise 1972. nº1 "Ensuite" p. 19 et s., et plus particulièrement les interventions de M. C. Gilbert p. 28 et 30. F. Magnin, thèse précitée nº 10 et ss.

(3) Idem. Et aussi Actualités du droit de l'entreprise. Montpellier 1970. Le know-how. Etude de cas par J. Tassy p. 26 et 27.

Ce concept qui recouvre l'ensemble des procédés, plus ou moins secrets, élaborés par une firme afin d'améliorer la gestion ou sa production a d'autre part, un domaine très vaste. Il comprend non seulement les techniques de production, mais aussi les procédés commerciaux. Si le know-how industriel est le plus connu, il n'est pas essentiellement parce qu'il est le plus proche des droits de propriété industrielle.

462. Malgré son importance, le know-how reste entouré d'incertitudes. L'incertitude règne tant dans la recherche d'une définition que dans celle d'un régime juridique. Cette incertitude tient en grande partie au fait que les auteurs accordent à des conditions différentes et parfois contradictoires [1], selon l'aspect qu'ils privilégient.

En effet, la qualification juridique de la fourniture de know-how, change selon qu'il est examiné dans l'entreprise ou dans un rapport contractuel. Sa fonction dans une entreprise est très proche de celle des droits de propriété industrielle (2). Au contraire, dans la transmission de know-how, c'est la fourniture de services d'une entreprise à l'autre qui semble prédominer [3].

463. Il faut de même, distinguer clairement,ce qui n'est pas toujours fait, ce qu'est le know-how en droit positif et ce que l'on voudrait qu'il soit, de lege ferenda.

---

1) Voir par exemple F. Magnin. Contribution à l'étude du know-how. Mémoire D.E.S. Dijon 1966. L'auteur qui voit dans le contrat de transmission de K.H. un contrat d'entreprise (p. 47) voit dans le know-how une sorte de droit réel (p. 56). L'auteur abandonne cependant cette dernière analyse dans sa these (op. cit. nº 447 et ss.).
(2) F. Magnin, these précitée nº 214 et ss.
3) F. Magnin, these précitée nº 567 et ss.

Cette étude ne peut avoir la prétention de recouvrir tous ces problèmes. Cependant, la place donné au know-how dans ce chapître consacré aux biens de l'entreprise peut sembler préjuger de la qualification à donner au know-how. Tel n'est pas notre objet. Ce choix est fonctionnel et il a été commandé par l'incertitude régnant en la matière. Cette optique ne doit pas faire préjuger de l'analyse conceptuelle qui peut se dégager de l'étude du know-how.

Or, pour les praticiens, le know-how est dans l'entreprise étroitement lié au brevet (1). Il est considéré comme un substitut ou comme un complément de ce dernier. De même, les études juridiques ont été effectuées par spécialistes de propriété industrielle et non par des spécialistes de contrats. Cela n'est pas arbitraire, mais tient au fait que le know-how est utilisé concrètement comme un élément des droits de propriété industrielle et au fait que le know-how a une utilité pour l'entreprise en dehors de tout contrat. Il n'y a pas d'entreprise dont le seul but est de transmettre des know-how, il n'y a pas encore de fabricant de know-how. Le know-how est un élément stable du patrimoine des entreprises qu'elles peuvent être amenées à transmettre comme elles cèdent les brevets qu'elles possèdent.

Cette analyse fonctionnelle fait donc apparaître le know-how à deux stades : en tant qu'élément du patrimoine de l'entreprise, et en tant qu'élément essentiel de certains contrats.

---

1) Voir les partners de l'entreprise 1972, n° 1 précité "enquêtes" p. 16 et s.

SECTION I. LE KNOW-HOW DANS L'ENTREPRISE.

464. Aucune protection spécifique ne lui étant accordée, les praticiens ne s'intéressent guère au problème de la définition du know-how [1]. Cette définition doit cependant être recherchée afin d'essayer de dégager le régime juridique applicable. Plus la définition du know-how sera large, moins il sera facile de trouver un régime spécifique, et inversement.

§ I. La définition du know-how.

465. Le législateur [2] parle de savoir faire. Mais cette expression n'est guère explicite. Et, l'indifférence des praticiens ne facilite pas la tâche de la doctrine dans l'élaboration de cette définition. Cependant, chacun s'accorde à reconnaître l'existence de certains éléments constitutifs, permettant de reconnaître le know-how et de le distinguer des brevets.

A. Les éléments du know-how.

466. Toutes les définitions proposées par les auteurs font ressortir trois éléments : les connaissances techniques, leur caractère secret et leur transmissibilité [3].

---

1 Les cahiers de l'entreprise 1972, n° 1 précité, M. J. Gandin p. 15.
2 Décrets du 27 janvier 1967 et A. du 5 mars 1967, J.O.P. 1967 (C.I.), 80705 et 81097. Décrets et Arrêtés du 26 mai 1970, J.O.P. 1970, 88447.
3 J.M. Mousseron, le know-how, art. précité p. 2, comp. P. Magnin, thèse précitée n° 166 et ss.

a) Les connaissances techniques.

467. Le know-how apparaît essentiellement pour les praticiens comme un savoir faire, un ensemble de techniques non brevetées permettant d'améliorer la productivité de l'entreprise [1].

Ces connaissances peuvent être matérialisées dans un certain nombre de documents. Mais ce ne sont pas eux qui constituent le know-how, ce sont les connaissances elles-mêmes. Les documents qui le décrivent ne posent pas de problème particulier. Susceptibles d'appropriation privée, ils ne nécessitent pas une protection spéciale. Par contre, la protection de ces connaissances pose de délicats problèmes. Il est même des cas où ces connaissances ne peuvent être décrites, en raison de leur caractère essentiellement pratique.

Mais toutes les connaissances techniques ne sont pas du know-how. Il est généralement affirmé qu'elles doivent être secrètes.

b) Le caractère secret.

468. Ce caractère secret serait pour certains auteurs le critère essentiel du know-how [2]. Le know-how serait simplement un brevet d'invention non [illegible]. [illegible] cette conception du secret ne peut plus être maintenue après l'arrêt de la Cour de Cassation du 13 juillet 1966 [3]. Dans cet arrêt, [illegible] suprême admet que la communication d'une technique de

---

[1] Actualités de droit de l'entreprise 1970 précité J. Tassy. Etude de [illegible] p. 27.
[2] A. Bertin. Le secret en matière d'invention. Précité p. 48.
[3] Cass. Com. 13 juillet 1966. J.C.P. [illegible] 1967.II.15131.J.C.P. [illegible] 1967, [illegible] n. P. Durand. Annales 1967.225 Ch. Mathely. R.T.D.Com. 1966.926 obs. Chavanne.

fabrication à une entreprise constitue l'objet d'une convention valable même si ce procédé était connu, du moment qu'il était ignoré du bénéfi[illegible]. Le know-how ne peut donc être [illegible] avec un secret de [illegible] commerce. Son domaine est [illegible] plus large. Il [illegible] l'avance techni[illegible] d'une entreprise par rapport [illegible].

Peu importe que d'autres entreprises [illegible] de technologie. Le know-how subsiste si le procédé n'est pas [illegible] toutes les entreprises de la branche considérée. La [illegible] avoir, et a, une incidence sur la valeur du know-how, [illegible] nature. La doctrine est maintenant unanime sur ce point [illegible].

Mais, il faut cependant que les firmes détentrices [illegible] avance technologique aient une politique identique, et [illegible] volonté de ne pas la communiquer librement, à partir [illegible] entreprise met à la disposition du public ses connaissances [illegible] know-how disparaît (2). Ainsi, si le know-how n'est pas [illegible] secret, il faut cependant qu'il ne soit pas accessible librement à [illegible], selon la formule heureuse du Professeur J.M. Mousseron (3).

469. C'est aussi dans ce sens que l'on peut parler de nouveauté [illegible] ne saurait s'agir d'une nouveauté absolue comme en matière de [illegible]. Le know-how n'est pas seulement, comme l'a pensé Monsieur [illegible], [illegible] brevet secret. Il est de manière beaucoup plus large, [illegible] logique que peuvent avoir certaines entreprises (4). Et si le [illegible] a un intérêt en dehors de toute transmission, sa valeur [illegible] être appréciée que dans les rapports entre les entreprises le possédant et celles voulant l'acquérir (5).

---

(1) Voir par exemple F. Magnin. Mémoire précité p.20, thèse précitée nº 193 et [illegible] J.M. Mousseron, Problèmes [illegible] know-how in cahiers de l'entreprise nº [illegible] ; [illegible] p. [illegible].

(2) [illegible] P.I. [illegible] [illegible].

(3) [illegible] Strasbourg [illegible].

(4) [illegible]

Le know-how peut donc très bien être composé de connaissances techniques connues, mais dont la combinaison, l'utilisation habile améliore le rendement.

Il résulte de cette considération que la nouveauté dans le know-how n'a pas le même sens que dans le droit des brevets. La nouveauté exigée n'est que relative, tant au point de vue technique qu'au point de vue commercial. Mais si le know-how n'est pas nécessairement une invention, il faut tout au moins qu'il puisse être considéré comme étant "l'oeuvre" de l'entreprise et non d'un membre de son personnel. C'est à cette seule condition que la transmission sera possible, et qu'il sera considéré comme une valeur de l'entreprise.

c) La transmissibilité du know-how.

470. La recherche d'un titulaire du know-how montre bien que l'on considère "en fait" sinon en droit, que le know-how appartient à quelqu'un. Pour l'entreprise, le know-how est un bien. Mais d'une part, il n'est pas toujours possible de l'appréhender concrètement, d'autre part, l'entreprise n'est pas cet être transcendant que ses apologistes imaginent parfois. Avant d'être le bien de l'entreprise, le know-how est l'oeuvre de ses employés. Son appropriation par l'entreprise n'est possible que si le savoir-faire considéré n'est pas essentiellement personnel. Il en est ainsi des tours de mains qui ne sont en fait que le témoignage d'une compétence individuelle.

De manière plus générale, lorsque le savoir faire ne peut être mis en oeuvre que par ses initiateurs, il ne peut être question d'admettre qu'il y a véritable know-how.

Il subsiste cependant de nombreuses zones marginales susceptibles de confusion et de contestation. Il est souvent difficile de distinguer entre ce qui est oeuvre personnelle d'un employé ou d'un ingénieur et oeuvre collective.

Ce problème a d'autres conséquences. Il n'implique pas seulement la possibilité pour une entreprise de considérer le know-how comme sien, mais aussi la possibilité pour les employés d'utiliser leurs connaissances en dehors de l'entreprise. L'étude de la protection du know-how montrera que les clauses de non concurrence ne permettent pas de résoudre ce problème de manière entièrement satisfaisante (1).

Invention collective comme l'est souvent le brevet, le know-how doit en être soigneusement distingué.

B. Le domaine du know-how.

471. Les auteurs se sont d'abord demandés quels étaient les liens entre la brevetabilité et le know-how.

La solution donnée à ce problème conduit à se demander si le know-how se limite ou non au domaine industriel.

a. Brevetabilité du know-how.

472. Pour certains auteurs (2), le know-how ne concerne que les techniques non brevetables. Il est certain que si une technique est brevetée, le problème se résoud alors par l'application des règles sur la propriété industrielle. Mais il n'y a aucune raison d'exiger que le know-how ne

---

(1) Voir infra n° [illegible] et ss.
(2) P. Durand, Le know-how, [illegible]

soit pas brevetable, même s'il en est souvent ainsi. Le know-how a fréquemment un domaine différent de celui des brevets. Alors que le brevet concerne la faisabilité technique, le know-how concerne surtout la faisabilité industrielle (1). Cela ne justifie pas cependant la limitation du know-how aux techniques non brevetables. Un industriel peut très bien choisir de ne pas faire breveter une invention, soit en raison d'impératifs technologiques, soit en raison de risques de contrefaçon indécelables, soit enfin en raison du coût des brevets.

Or, les problèmes juridiques qui se posent pour ces inventions non divulguées sont identiques à ceux qui se posent pour les techniques non brevetables.

473. Le know-how peut se présenter sous des formes très diverses. Il est possible de distinguer plusieurs hypothèses selon que la technique est brevetable ou non. Mais cette classification n'a pas de portée juridique. Pour les techniques brevetables, deux situations sont possibles. Il peut n'y avoir aucun dépôt de brevet, ou au contraire, un brevet peut avoir été partiellement déposé. Dans la première hypothèse, le choix de l'industriel - brevet ou know-how - sera déterminé essentiellement par les paramètres que nous avons décrits : technologie, risque de contrefaçon, prix. Dans la deuxième hypothèse, le brevet ne décrira qu'une invention réalisable et l'industriel évitera de divulguer la meilleure façon de réaliser ce brevet (2). Le know-how est alors le complément du brevet. Les très nombreux contrats portant à la fois sur des brevets et sur des know-how recouvrent cette hypothèse.

---

1 Les Cahiers de l'Entreprise n° 1, 1972. Précité. Enquêtes J. Gandin p.19.
2 Douai 16 mars 1967.D.1967.n.Plaisant.J.C.P. C.I. 1967.82.607.n.P.Durand quot. jur.o/ 1968.p.55.n.Chaise-Prost.[illegible].D.C.1967.[illegible].pos.Chavanne.

Lorsqu'un [illegible] ne peut [illegible] être pris, [illegible] le rôle de substitut. Cette non brevetabilité peut tenir [illegible] raisons. La technique [illegible] [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Mais, [illegible], il [illegible] [illegible] améliorant le rendement économique [illegible] du know-how, il n'y a pas lieu de limiter [illegible] [illegible]

[illegible]

---

1. [illegible]

2. [illegible]

L'impossibilité dans ces hypothèses de prendre des brevets n'en rend que plus utile un statut juridique original (1). Il en est ainsi pour les programmes d'ordinateurs (2) - non brevetables - ou pour les techniques de distribution. Les contrats de franchising ou d'enchaînement supposent aussi la fourniture d'un véritable know-how (3). De la même manière, les techniques de recrutement, les techniques de classement supposent des méthodes originales nécessaires à la rentabilité de l'entreprise (4). Le know-how apparaît partout où est nécessaire la connaissance de formules originales supposant des études longues et chères et donnant un avantage économique appréciable.

475. La reconnaissance juridique du know-how est très importante pour les entreprises de services. Pour ces entreprises, la qualité et l'originalité du service fourni dépendent essentiellement en effet du savoir faire du prestataire. Ceci est vrai aussi bien pour les franchises que pour les sociétés d'ingenierie (5). Les industriels - notamment dans les pays en voie de développement - font appel aux sociétés d'ingenierie ou achètent des usines clés en main, principalement pour obtenir des know-how qui leur font defaut (6).

---

(1) J.M. [illegible]. Les cahiers de l'Entreprise 1972 n°1 précité p.3. comp. A. Lucas op cite n° [illegible] et ss.
(2) F. Magnin, thèse précitée n° [illegible] et st.
(3) Voir infra n° [illegible] et [illegible].
(4) Paris 13 juillet 1971 précité. Paris 8 janvier 1976 D. 1976.452 concl.Franc
(5) Voir actualités du droit de l'Entreprise. Montpellier 1970 précité p. 80 et [illegible].
(6) L'acquisition de ces connaissances n'est d'ailleurs souvent qu'incomplète. Voir supra n° 409 et ss.

Dans toutes ces hypothèses, le know-how permet d'accroître l'image de marque d'une entreprise de services. A ce niveau là, il semble que la reconnaissance des marques de services soit étroitement liée à l'existence de know-how commerciaux. L'exemple du franchising est significatif. Dans un contrat de franchise portant sur des activités de services, la licence de marque recouvre en fait la communication du know-how aux franchisés. La communication du know-how justifie la licence de la marque.

476. La détention de know-how constitue pour les entreprises un avantage économique certain, dont elles cherchent à s'assurer le monopole. Il n'est pas étonnant, étant donné la fonction du know-how que de nombreux auteurs y voient un véritable bien (1). Cette opinion se justifie dans la mesure où le know-how est une valeur existant dans le patrimoine de l'entreprise en dehors de tout contrat. Mais cela ne suffit pas pour en faire juridiquement un bien. Pour que cette valeur soit un bien, il faut qu'elle bénéficie d'une protection spécifique.

§ II . La protection du know-how.

477. Il est certain que le know-how peut être l'objet de contrats. A ce titre, il peut entraîner la naissance de droits de créance. Mais ce n'est pas dans ce sens que nous nous demandons si le know-how est un bien. Le problème qui se pose est de savoir si le know-how, en tant que moyen technologique d'une entreprise, est un bien de cette entreprise, c'est-à-dire si le droit lui reconnaît une existence propre en dehors de tout contrat. Il s'agit de savoir si le know-how, comme les brevets, peut faire l'objet d'une appropriation privative.

(1) P. Demin. Le contrat de know-how. [illegible] Bruylant [illegible] know-how [illegible]

Or, il n'en est rien. La protection du know-how ne peut être assurée que par des moyens indirects.

A. Les droits du détenteur du know-how.

478. La détention du know-how donne la possibilité matérielle de garder secrètes les connaissances mises au point. Il est certain que nul ne peut en obliger la communication. La législation économique sur le refus de vente ou de prestation de service est ici manifestement inapplicable, ne serait-ce que parce que l'élaboration de know-how ne constitue pas une profession. Ne pas le communiquer au public est pour le détenteur du know-how le moyen le plus sûr d'en assurer la protection. La discrétion constitue en réalité la protection spécifique du know-how. Le choix de cette solution pour les know-how brevetables alors qu'une protection légale - mais entraînant divulgation - est prévue, en est la preuve. Mais cette protection spécifique n'est pas une protection juridique, c'est une protection de fait. Ce droit de garder le know-how secret ne permet pas au détenteur d'en interdire à des tiers l'utilisation.

479. Par sa nature, le know-how n'est pas forcément nouveau et unique. Le premier "inventeur" n'a pas le droit de s'opposer à l'utilisation du know-how [illegible] par d'autres. Au contraire, le premier inventeur d'un [illegible] s'opposer à l'exploitation de toute réinvention. Cette solution [illegible] implicitement dans l'arrêt du [illegible] juillet [illegible], qui admet [illegible] de know-how non secrets.

[illegible] juillet [illegible] précité.

Cette analyse implique donc que l'entreprise soit un sujet de droit, une personne, solution qui, en l'état actuel de notre droit est très contestable (1).

D'autres raisons interdisent d'adopter cette thèse. Assimiler l'entreprise à une personne privée relève d'un anthropomorphisme critiquable et dépassé (2). L'entreprise n'a pas de vie intérieure ; elle connaît tout au plus un fonctionnement interne. Cette prétendue assimilation est en effet parfaitement arbitraire, et ne tient pas compte de l'objet et de la finalité du know-how (3).

Pour l'entreprise, le savoir-faire est essentiellement un élément de son patrimoine, et le droit y afférent est en conséquence de nature patrimoniale. Au contraire, le droit de la personne humaine au respect de sa vie privée est essentiellement un droit extra-patrimonial même s'il peut avoir des conséquences pécuniaires. Le raisonnement par analogie est par là même particulièrement abusif (4). Confondre droit de la personnalité et droit patrimonial, revient en définitive à faire de la personne un simple objet de propriété (5).

---

(1) Farjat, Droit économique op cité p. 85 et ss. aude infra, nº 6[illegible]4 et ss.
(2) Voir par ex. Ripert et Roblot. T. 1 nº 688 et ss.
(3) Voir en ce sens [illegible] Lindon. Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée J.C.P. 1970, I.2357 nº 26 et ss.
(4) La sacralisation de la personne justifie que sa protection entraîne des limites à certaines libertés fondamentales, comme celle de l'information. Ces considérations n'apparaissent plus lorsqu'il s'agit de protéger une valeur économique.
(5) B. Edelman, Le droit saisi par la photographie, coll. théorie Maspero 1973 p. 63 et ss. Voir aussi sur les conceptions faisant de la personnalité morale une véritable personnalité et leur signification idéologique. [illegible] Galgano, Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil, in travaux de l'association H. Capitant [illegible] Dalloz 1974 p. [illegible] et s. et particulièrement p. [illegible] et ss.

[illegible]. Il est vrai que le know-how en tant que connaissance élaborée par l'homme, peut se rattacher à la personne humaine. Mais, ce rattachement [illegible] au processus d'élaboration des connaissances, et non à celui d'appropriation. Ainsi, non seulement la protection légale de la vie privée ne permet-elle pas une protection du know-how, [illegible] de l'entreprise, mais elle constitue au contraire un argument justifiant l'interdiction pour les entreprises de s'approprier les connaissances élaborées par le personnel.

[illegible]. Il est, en définitive, impossible d'admettre que le titulaire du know-how bénéficie d'un droit privatif et soit qualifié de propriétaire. Il n'est d'ailleurs peut-être pas souhaitable qu'une reconnaissance législative du savoir-faire intervienne. Si la chambre de commerce internationale [illegible] proposée [illegible] les praticiens [illegible], comme la doctrine [illegible] y semblent guère favorable.

Les professionnels semblent préférer des protections contractuelles et s'ils choisissent le secret, c'est souvent par volonté délibérée de refuser un régime juridique contraignant. Lorsque l'invention n'est pas [illegible], il est souvent difficile de prouver la contrefaçon et les éventuelles règles légales risquent d'être de peu d'effet.

Lorsqu'une entreprise garde son "invention" secrète, les [illegible] faites sont souvent frauduleuses, et l'entreprise trouve alors des moyens de se protéger.

---

1 Comité exécutif de la C.C.I., résolution du [illegible] [illegible], [illegible] C.C.I. [illegible]

2 L. Gilbert in cahier de droit de l'entreprise [illegible] n° [illegible] p. [illegible].

3 J.M. Mousseron, in les cahiers de l'entreprise [illegible] n° [illegible] p. [illegible].

Il semble donc que dans la plupart des cas la protection contractuelle ou délictuelle soit largement suffisante.

483. La reconnaissance d'un droit privatif en effet n'aurait pas que des avantages. Au moment où le législateur tend à réduire la durée de validité des brevets et témoigne d'une sévérité accrue dans leur admission, il n'est peut être pas très logique d'admettre un nouveau droit de propriété industrielle. Ces mesures risqueraient d'être à long terme plus nuisibles qu'utiles au développement des entreprises. La liberté d'invention doit être la règle et non l'exception.

484. Il est cependant des cas où la non protection du know-how présente des inconvénients. Lorsque le know-how est brevetable, une autre entreprise peut prendre un brevet recouvrant ce know-how. Le titulaire du know-how n'a plus alors qu'un droit d'exploitation personnelle.

Monsieur Bertin (1) a vu dans ce droit la protection spécifique, et pratiquement exclusive du know-how. Mais cette conception nous paraît à la fois exagérée et optimiste. En effet, ce droit n'existe que dans la mesure où le know-how recouvre une invention brevetable. Or, ce know-how a un domaine beaucoup plus large. Ce droit n'est donc pas caractéristique du know-how.

En outre, il est plus une tolérance qu'un véritable droit [illegible] savoir-faire. Il ne constitue en effet qu'en apparence [illegible] monopole du brevet. Mais, en réalité, le brevet est beaucoup [illegible] à la jouissance du know-how, que le know-how, une atteinte [illegible] brevet. En effet, le brevet n'est pas la règle mais l'exception. Il est une atteinte au principe de liberté de création et de communication [illegible]

---

(1) Bertin, Le secret en matière d'inventions, op. cité p. 52 et ss.

B) L'atteinte au know-how, source de responsabilité.

487. La divulgation du know-how peut engager la responsabilité pénale ou civile des tiers responsables. Mais ceci suppose une faute de leur part. C'est pourquoi les titulaires du know-how tentent de se protéger au moyen de clauses contractuelles.

a) La responsabilité délictuelle.

488. Dans certains cas, l'atteinte au know-how peut être source de responsabilité pénale. Mais le plus souvent, c'est pas le biais de l'action en concurrence déloyale que cette atteinte sera sanctionnée.

1) La responsabilité pénale.

489. L'article 418 du Code Pénal réprime la violation des secrets de fabrique (1). Mais ce texte n'a qu'une portée limitée qui ne recouvre que très partiellement le know-how.

D'une part, il ne protège que les know-how industriels. Les know-how commerciaux ne sont protégés que par les articles 177 et 179 du Code Pénal.

D'autre part l'article 418 suppose le caractère secret des procédés dévoilés. Il est vrai que les tribunaux n'ont pas, pour qualifier les secrets de fabrique des formules très précises (2). Mais d'autres conditions d'application de cet article limitent sa portée. L'incrimination ne vise que les secrets communiqués par les salariés de l'entreprise,

---

(1) Voir par exemple sur cette question, A. Casalonga, La protection du secret de fabrique dans le contexte de l'espionnage industriel, Mélanges Bastian, II, p. [illegible] et [illegible].

(2) Les articles 177 et 179 du Code Pénal protègent les titulaires de secrets de commerce [illegible] contre [illegible] de corruption [illegible] les [illegible].

ou les anciens salariés dans la mesure où ils ont eu connaissance de ces secrets durant leur emploi (1). L'article 418 ne vise donc pas tous les collaborateurs de l'entreprise. Il faut que le divulgateur soit, ou ait été, lié à l'entreprise par un contrat de travail.

Il faut aussi qu'il y ait communication à une autre entreprise industrielle (2) et pas seulement usage personnel. Il faut encore que cette divulgation ait été faite frauduleusement. Enfin, si le secret doit être communiqué à des Français résidant en France, la simple tentative n'est pas punissable.

Ce texte ne s'applique finalement que dans peu de cas. Une protection plus étendue est assurée par la mise en oeuvre de la responsabilité civile.

2) La responsabilité civile.

490. Le know-how est protégé dans la plupart des pays (3) par cette voie. Quel que soit le système juridique en vigueur, aussi bien dans les pays de droit écrit que dans ceux de droit jurisprudentiel (4), les tribunaux

---

1 Voir Aix 22 novembre 1959 [illegible]. Les décisions les plus récentes ne semblent exiger que le secret relatif, afin de rapprocher la définition du know-how, de celle du secret de fabrique. cf. cass. crim. [illegible] juin [illegible]. Cass. crim. [illegible] juin 1974. [illegible] Cass. crim. [illegible] novembre [illegible] 144.

2 Aix [illegible] décembre [illegible]. Annales [illegible].

3 [illegible], voir les différents rapports au nom des groupes nationaux. Aide [illegible] thèse précitée n° [illegible].

4 Il est remarquable aussi que dans les pays socialistes, le know-how dont l'importance n'est pas méconnue, ne soit pas l'objet de véritables droits réels. cf. [illegible], La coopération économique et industrielle entre l'Est et l'Ouest [illegible], Ann. Et. int. [illegible].

[illegible] d'établir en justice [illegible] [illegible] et d'exiger tant l'appropriation [illegible] ses conditions (1).

C'est pourquoi cette protection n'est pas absolue. La reproduction d'un procédé technique [illegible] que par un brevet ou une marque de fabrique [illegible] l'exercice d'un droit. Le know-how ne sera protégé que si l'atteinte qui lui est portée est constitutive d'une faute. Il faut que la divulgation ait été obtenue par des moyens déloyaux et que ces procédés aient causé un dommage à la victime.

241. Ainsi, si l'examen attentif des produits livrés ou des techniques commercialement utilisées, révèle le know-how, il n'y a aucune faute à en faire la copie servile. Certains ont pensé que la théorie de l'enrichissement sans cause pouvait jouer dans ce cas-là (2). Mais il faut que l'enrichissement soit injuste. Or, sauf hypothèse de droit de propriété industrielle, l'accès aux connaissances et aux techniques est libre. Le prohiber aboutirait à paralyser de manière injustifiée l'activité économique.

242. En pratique, la gravité de la faute apparaîtra en étudiant les précautions prises par le titulaire du know-how pour le protéger. C'est [illegible] volontaire des interdits établis par l'entreprise qui [illegible].

---

(1) [illegible] Le know-how, La propriété industrielle 1965, p. 122 et s.
(2) [illegible] étude critique, [illegible], thèse [illegible] 1962 et s.

En l'absence de relations contractuelles, cette responsabilité pourra être engagée sur le fondement des articles [illegible] du Code Civil.

Mais le plus souvent, les divulgations ont lieu [illegible] de relations de travail. En l'absence de clauses contractuelles [illegible] au salarié la discrétion, il semble difficile de leur imposer [illegible] tion générale de confidentialité. S'il est possible d'admettre [illegible] l'employé est tenu de ne pas nuire sciemment à son employeur, il n'est pas possible de lui imposer de faire tous les actes nécessaires [illegible] protection des intérêts de l'employeur. Le pouvoir du chef d'[illegible] est suffisamment grand pour lui laisser le soin de protéger [illegible] ses propres intérêts.

C'est pourquoi les entreprises introduisent [illegible] contrats de travail des clauses de non concurrence.

b Les clauses de non concurrence [illegible].

493. En vue de protéger son know-how, l'entreprise peut introduire [illegible] types de clauses.

D'une part, il peut y avoir dans les contrats [illegible] de know-how des clauses obligeant le cocontractant à garder [illegible] D'autre part, l'entreprise peut imposer dans les contrats de [illegible] clauses imposant le secret au salarié.

Seules ces dernières clauses seront étudiées [illegible] premières seront examinées avec les différents problèmes [illegible] transmission du know-how.

[illegible]

494. Ces stipulations obligent l'employé à garder secrètes les connaissances qu'il a pu acquérir au cours de son emploi. Cette obligation subsiste après l'expiration du contrat de travail. Ces clauses peuvent aller jusqu'à interdire au salarié d'occuper des fonctions semblables dans des entreprises équivalentes.

Elles peuvent figurer soit dans les conventions collectives (conventions collectives des cadres de la chimie, de la métallurgie, de la mécanique), soit dans les contrats individuels.

495. Ces obligations ne posent guère de problèmes lorsqu'elles interdisent aux salariés de révéler des techniques dont ils ont eu connaissance, mais qu'ils n'ont pas élaborées ou mises en oeuvre. De même l'obligation de discrétion est légitime lorsqu'elle se limite à la durée du contrat de travail. Elle tend alors à protéger les intérêts de l'entreprise sans léser le salarié (1).

Mais le problème de leur validité se pose lorsque l'obligation subsiste à l'expiration du contrat et lorsque le salarié a pris une part active à la mise en oeuvre de ces techniques.

Elles ne doivent pas priver le salarié de la possibilité de travailler ailleurs, surtout lorsque l'initiative de la rupture appartient à l'employeur. Les tribunaux témoignent d'ailleurs une certaine méfiance dans l'examen de ce genre de clause (2).

Même si l'initiative de la rupture ne revient pas à l'employeur elles portent atteinte à la mobilité de l'emploi, mobilité réclamée par les employeurs eux-mêmes, et elles peuvent aboutir à soumettre le changement d'emploi du salarié à la discrétion de l'employeur. Les entreprises en effet

---

1) Y. Serra op cité nº [illegible].
2) cf. Pau [illegible] mai [illegible] n. Y. Serra

ne veulent souvent engager un employé, surtout de rang supérieur, que s'il [illegible] d'une importante expérience professionnelle. Or, les connaissances acquises dans l'entreprise font partie de cette expérience.

Une autre considération importante doit être mise en avant. Ces connaissances sont l'oeuvre des employés de l'entreprise, même si leur travail n'est pas individuel. Elles rentrent dans leur patrimoine intellectuel. Ces connaissances, acquises grâce à leur activité dans l'entreprise ne peuvent être oubliées. Il est sans doute possible d'interdire aux employés d'utiliser des documents appartenant à l'entreprise et étant le témoignage de travaux collectifs et à objet déterminé, mais il est [illegible] de leur interdire l'exploitation de leurs connaissances, alors que l'entreprise n'a aucun droit privatif sur ces connaissances. Ce serait porter atteinte à un droit inhérent à la personne. Les connaissances théoriques n'ont pour un salarié d'intérêt que si elles peuvent être mises en pratique. Les chefs d'entreprise ont en réalité conscience de leur impuissance relative en ce domaine (1).

[illegible]. Le know-how n'est donc pas l'objet de droits privatifs. Il ne peut être assimilé, en aucune façon, à un droit réel (2).

---

1 J. Gaudin et J. Lassier in les cahiers de l'entreprise [illegible] précité p. [illegible].

2 Cette solution est aussi retenue dans les pays socialistes qui considèrent que la détention de connaissances ne peut être assimilée à un droit réel, malgré certaines ressemblances. Cette solution a pour conséquence de permettre facilement la conclusion de contrats portant sur ces connaissances, sans que les principes interdisant l'aliénation de la propriété sociale se soient mis en cause [illegible]. Bystrinsky, La coopération économique et industrielle entre l'Est et l'Ouest et les lois générales de l'[illegible], [illegible], [illegible], [illegible] particulièrement [illegible].

Mais cela ne signifie pas que le know-how n'ait pas en réalité [illegible]. Toute cette étude témoigne du contraire. Le know-how est comme affirment certains tribunaux "un actif qui [illegible]", une valeur en capital, taxable comme tel [1].

Seulement, dans le domaine des droits incorporels, l'appropriation privative est l'exception et non la règle.

197. Pour les biens corporels, au contraire, l'appropriation privative est la règle. Toutes les choses sont en principe susceptibles d'appropriation. Les relations de fait sont l'exception et ont vocation à se transformer en appropriation de droit. Il en est ainsi de la possession et plus particulièrement de la possession mobilière. L'article 2279 du Code civil exprime clairement cette idée que la relation entre une personne et une chose est normalement une relation de propriété.

En revanche, pour les propriétés incorporelles, la propriété n'existe que si elle est prévue par une loi particulière, qui peut seule conférer à des éléments incorporels la qualité juridique de bien. Or, nos classifications juridiques sont insuffisantes pour qualifier certaines institutions ou certains phénomènes juridiques modernes. Ce bien qu'est le know-how n'est pas un objet de propriété. Et parler de propriété non protégée comme le font certains auteurs [2] n'a aucune utilité. En réalité, la propriété non protégée n'est que la possession, c'est-à-dire, une relation de fait.

---

1. R.R. Ltd c. Jeffrey (1962) 1 All. E.R. 801.805 ; RR. Ltd c. Inland Revenue Commissionners (1962) 1 All. E.R. 82 cités par St. P. Ladas. Le know-how. Prop. ind. 1963 précité p. 222 et s. Voir aussi en Droit français C.E. 10 octobre 1960 cité par J.R. Kauffmann et A. Cognet, aspects fiscaux du know-how, in cahiers de droit de l'entreprise 1972. 1. p. 15. Voir aussi rep. minist. quest. écrite n° 27756. J.O. Debats Ass. Nat. 9 septembre 1972 p. 3645 et J.C.P. (C.I.) 1972.II,10788.
2. R. Plaisant. Les cahiers de l'entreprise 1972. n° 1 p. 41. précité Voir aussi F. Magnin Contribution à l'étude du know-how, mémoire précité ; Y. Dargier de Saint Vaulry. Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées. Thèse Toulouse 1968.

498. Ce terme de possession industrielle est pour le know-how [illegible] exprime le mieux la réalité. Comme dans la possession de [illegible], élément caractéristique [illegible] know-how est bien un pouvoir physique [illegible] par [illegible] éléments incorpor[illegible] [illegible] possession [illegible] se transformer [illegible] propriété, en [illegible] caractère exceptionnel des propriétés incorporelles.

Elle n'entraînera [illegible] de la propriété, en particulier [illegible] transfert [illegible] possesseur de know-how [illegible] transmission [illegible] et non [illegible].

Sous section II. La transmission du know-how.

499. Les modalités juridiques de cette transmission sont, à l'heure actuelle, l'oeuvre exclusive des praticiens. [illegible] l'insuffisance de la jurisprudence [illegible] propos [illegible]

[illegible] matière. Il [illegible]

[illegible]

[illegible]

nécessaire. Elle permet de résoudre les problèmes non prévus par les contrats. Elle est nécessaire aussi pour [illegible] limiter le domaine de la liberté contractuelle.

500. Les premières analyses tentées ont été faussées car ces contrats ont été envisagés dans l'optique des droits de propriété industrielle. Les auteurs (1) tenant compte de la valeur indéniable du know-how et d'un certain parallélisme avec les brevets ont vu dans le know-how un droit réel et ils ont analysé les contrats de know-how comme des cessions ou des concessions de biens mobiliers, alors que le know-how ne faisait l'objet d'aucune reconnaissance juridique (2). Ce n'est pas parce que les parties construisent leurs contrats sur les modèles de cession ou de licence de brevets qu'il est possible d'en déduire que le know-how est l'objet d'un droit réel qui peut être transféré.

501. L'analyse juridique de ces contrats n'est possible qu'en partant de l'idée que le know-how n'est l'objet d'aucune appropriation privative. Seule cette optique permet de déterminer le régime juridique applicable à ces contrats.

---

(1) P. Demin. Le contrat de know-how. op précité. M.F. Martin. Know-how et assistance technique art. précité.

(2) Au regard du Droit européen, les contrats de communication de know-how apparaissent comme des contrats de services avis de la commission de la C.E.E. du 15 avril 1969. cité par P. Julliard, La nouvelle réglementation des Transferts techniques internationaux J.C.P. [illegible] II.10.016 n° 58[illegible]. Cette solution présente cependant une portée limitée dans la mesure où les opérations portant sur les brevets sont considérées comme des prestations de services dans le droit européen P. Julliard art. précité n° 59).

§ 1. Description des contrats de know-how.

502. La communication de savoir-faire est libre. L'administration doit cependant être informée de toute communication internationale de savoir-faire à destination ou en provenance de la France [illegible]. Cette déclaration doit être adressée au Ministre de l'industrie dans le mois de l'opération. Aucune mesure de publicité n'est en revanche prévue pour les transferts internes. De même, aucun formalisme particulier ne s'impose, au moins pour les contrats de know-how pur. Ces communications en effet n'ont été d'abord que des éléments d'opérations plus vastes. Le développement du rôle du savoir-faire a cependant conduit les entreprises à envisager leur transmission à titre isolé.

a. Le know-how élément d'un contrat général.

503. Le know-how est né avec la technologie industrielle moderne. Il représente une avance technologique, servant de complément, de prolongement ou de substitut au brevet. C'est pourquoi la transmission du know-how est apparue d'abord dans des contrats ayant un objet technique et industriel.

Mais, avec le développement de nouvelles techniques de gestion et de distribution, la transmission de know-how commercial devient un élément essentiel des contrats commerciaux.

a. Le know-how industriel.

504. La simple cession ou licence de brevet peut n'avoir qu'un intérêt médiocre pour un industriel si elle n'est pas accompagnée des moyens nécessaires à la réalisation optimale du brevet. La communication de know-how [illegible]

[illegible]

brevets. Mais cette communication peut s'intégrer dans un ensemble contractuel plus large. C'est le cas en particulier dans les contrats d'ingénierie.

1. Brevet et know-how.

505. Les contrats prévoyant la communication du know-how comme accessoire de la licence ou de la cession de brevets sont très nombreux. Leur existence résulte de la possibilité de ne pas décrire les conditions optimales de réalisation du brevet dans la demande de dépôt (1).

La loi de 1844 prévoyait que la cession de brevet devait s'accompagner de la transmission de tous les certificats d'addition délivrés ultérieurement. On en déduisait la transmission obligatoire des brevets de perfectionnement et du know-how concernant ces brevets. Mais la loi de 1968 (2) ne reprend plus cette obligation.

Il s'agit alors de savoir si cette obligation est inhérente à la bonne foi contractuelle (3). Mais la décision de transmettre ou non le know-how diffère dans une certaine mesure de cette obligation de transmission des perfectionnements du brevet. Cette dernière concerne directement l'objet du contrat. Au contraire, la décision de communication du know-how concerne essentiellement la délimitation du champ contractuel.

En réalité, la solution dépend surtout de l'interprétation du contrat. Si le licencié a essentiellement voulu acquérir une liberté d'action, qui lui était refusée du fait de l'existence du brevet, et cela [illegible], la transmission du know-how ne semble pas indispensable.

---

(1) [illegible] précité.

(2) [illegible] Burst Brevet [illegible] licencié ; [illegible] la licence volontaire, Coll. [illegible] Librairies [illegible]

(3) [illegible]

[illegible] apparaître souvent [illegible], [illegible]
que le breveté continue à exploiter le brevet. Lorsque [illegible]
liens entre les parties sont plus [illegible], [illegible]
continue, ou lorsque le brevet [illegible]
brevet, la transmission du know-how [illegible]

506. Mais le know-how n'est pas [illegible] est les cas où la communication du know-how est essentielle, le brevet n'est alors qu'accessoire. Cette situation [illegible] les secteurs où le rythme d'invention est relativement lent et où la recherche progresse plus par des améliorations technologiques [illegible] inventions proprement dites.

507. Enfin, le brevet peut n'apparaître que comme un élément [illegible] dans un contrat de know-how. L'[illegible] du know-how [illegible] peut conduire à des inventions brevetables. Dans cette hypothèse, l'on est finalement en présence de deux contrats. Un contrat de [illegible] de know-how et une promesse de licence de brevet [illegible] soumise à une condition, la réalisation d'une invention [illegible].

La distinction entre ces différents [illegible] surtout à l'expiration du contrat, [illegible] know-how par rapport au brevet [illegible] know-how [illegible].

2 Know-how [illegible]

508. De même [illegible] les droits [illegible] rement [illegible], le know-how [illegible]. Il en est ainsi [illegible]

[illegible]

mais dont le résultat est aléatoire. Ces contrats des lors n'entraînent pas véritablement communication de know-how, mais ont pour objet la recherche d'un know-how.

Au contraire, dans les contrats d'ingénierie, le know-how est une des prestations essentielles du contrat. Le rôle du know-how dans ces contrats peut être très varié. Seules les hypothèses les plus fréquentes seront indiquées ici.

509. Il n'y a pas nécessairement dans ces contrats un véritable transfert de know-how. Souvent le client s'adresse à l'entreprise d'ingénierie parce qu'elle pourra réaliser l'ouvrage qui lui est demandé, en mettant en oeuvre son know-how, sans qu'il y ait communication ; le client bénéficie bien du know-how de l'ingénieur, mais il n'a pas la possibilité de le mettre en oeuvre lui-même ou de le réutiliser (1). Le professeur Plaisant cite comme exemple significatif, le conseiller fiscal qui fait bénéficier son client de son know-how, mais sans que ce dernier l'acquière. On pourrait citer aussi le cas de l'ingénieur chargé d'établir les phases d'un établissement industriel. Cependant, la distinction d'avec les hypothèses où il y a véritable transfert n'est pas toujours très nette, d'autant plus que les clients des ingénieurs, notamment, prétendent de plus en plus bénéficier de la possession de la technique du bureau d'études (2).

Il est possible de parler de communication de know-how, lorsque le client est à même d'utiliser lui-même le know-how de l'ingénieur.

---

(1) Voir supra n° 263 et ss.

(2) Ce phénomène de rétention des connaissances [illegible] un effet surtout important dans les contrats 'clés en [illegible]' [illegible] aux pays en voie de développement. Il contribue notamment [illegible] le [illegible] technologique entre l'ingénieur et [illegible] et le client. Voir P. Gonod et autres, [illegible]

Tel est le cas lorsque le know how porte sur l'activité même du client. Au contraire, lorsque l'objet du know-how est étranger à cette activité, il n'y a pas de communication.

[illegible] Lorsqu'il y a véritable communication de know-how, il est possible [illegible] tinguer selon qu'elle émane de la société d'ingénierie [illegible] d'un [illegible].

Dans le premier cas, si le know-how est de peu d'importance, il fait souvent l'objet d'une clause dans le contrat d'ingénierie et sa rémunération n'est pas individualisée. Elle est comprise dans le prix global du travail fourni par l'ingénieur. Au contraire, si le know-how est important, sa communication est généralement prévue dans un contrat distinct. Il s'agit alors d'un contrat de communication de know-how à l'état pur.

Lorsque le know-how est fourni par un tiers, deux procédés sont possibles. Le tiers peut communiquer son know-how à la société d'ingénierie en l'autorisant à le recommuniquer à ses clients en l'adaptant ou en le transformant. Cette solution est de loin la plus fréquente, mais il arrive aussi que le tiers fournisse son know-how directement au maître de l'ouvrage, la société d'ingénierie aidant à sa mise en application.

Dans les deux cas, le tiers tient pour des raisons de sécurité [illegible] être en rapport étroit avec l'ingénieur. Les sociétés d'ingénierie sont liées de plus souvent de manière durable avec les tiers fournisseurs de know-how. A la limite, la société d'ingénierie peut être une simple filiale du fournisseur de know-how. Lorsque le know-how est [illegible] au maître de l'ouvrage, [illegible]

[illegible] Actualités du droit de l'entreprise [illegible]

[illegible]

[illegible]

Les problèmes [illegible] Des problèmes comparables sont soulevés par les know-how commerciaux.

[illegible] Le know-how commercial.

[illegible]. Le développement des know-how commerciaux [illegible] l'apparition de nouvelles techniques de gestion et de [illegible].

L'existence d'un know-how commercial [illegible] l'élément [illegible] permet de distinguer des nouvelles techniques de techniques plus [illegible]. La différence essentielle entre une concession commerciale et un contrat de franchising est en dernière [illegible] la fourniture de know-how dans la deuxième forme contractuelle.

Dans ce type de contrat, le franchiseur fournit au franchisé un procédé de gestion qu'il a expérimenté avec succès, et lui apporte une assistance technique plus ou moins large. En [illegible], le franchisé [illegible] des redevances calculées sur [illegible] d'affaires.

Cette communication de know-how est [illegible] assortie [illegible] marque, dont un des objets est [illegible] de savoir-faire. Des contrats comportent le plus souvent [illegible] strictes afin d'éviter que le franchisé utilise marque [illegible] l'expiration du contrat.

[illegible]

La communication du know-how, son exploitation et [illegible]tion, sont donc un des objets du contrat de franchising, et [illegible] être [illegible] de ce contrat [illegible].

512. Le [illegible] du know-how [illegible] avec les progrès technologi[illegible]. Le know-how apparaît [illegible] de services comme un élément prédominant de ces contrats.

Le développement du know-how a [illegible]. Son importance est telle qu'il ne peut plus être [illegible] d'autres dans un contrat. L'[illegible] du know-how apparaît [illegible] pleinement et entraîne le développement des contrats [illegible] communication.

B. Le know-how, objet [illegible] du contrat.

513. La conclusion de contrats de know-how nécessite de nombreuses [illegible]tions et d'importantes négociations préalables, [illegible] ne peut être classé dans aucune catégorie connue et qu'il ne [illegible] pas d'une protection spécifique.

a) La négociation.

514. La négociation d'un contrat de know-how [illegible] part, le titulaire du know-how doit [illegible] connaissances, sans pour autant les communiquer [illegible] moins de risques [illegible]. D'autre part, [illegible] qui porte sur le contenu même du know-how, [illegible].

[illegible]

1) La valorisation du know-how.

515. Cette valorisation est [illegible] d'autre partie. Mais si le possesseur du know-how [illegible] négociation, il [illegible] détenait. L'autre partie a [illegible] l'essentiel [illegible] qu'elle [illegible]. La situation est beaucoup plus complexe que lors de la négociation d'un contrat portant sur les brevets. Dans ce cas, l'acquéreur connaît la valeur du brevet, mais le titulaire a le moyen juridique de s'opposer à toute utilisation. Au contraire, l'objet du contrat de know-how est la connaissance elle-même et pas seulement les modalités d'exploitation.

516. Il résulte de cet état de fait que la valorisation du know-how s'obtiendra surtout par des moyens indirects. Le possesseur du know-how fera valoir les résultats qu'il a obtenus (rendement, qualité, augmentation de la production et des ventes, évolution des prix de revient, etc...) en échange de quoi, il s'engagera à communiquer ses connaissances dès la signature du contrat.

Mais lorsque le contrat est très important et nécessite de lourds investissements, le client ne peut se satisfaire de cette seule appréciation indirecte. Il veut être sûr de l'originalité du procédé et de la possibilité de l'adapter à son cas particulier. Le possesseur du know-how est alors obligé de le dévoiler au moins partiellement. La protection est alors assurée par un engagement de confidentialité et de non exploitation des connaissances communiquées [1].

---

[1] Voir [illegible] Magnin, thèse [illegible].

2. L'objet du know-how.

517. La délimitation exacte des connaissances qui seront divulguées est un des problèmes pratiques fondamentaux. C'est cette délimitation qui permettra aussi de déterminer l'étendue des perfectionnements à communiquer ou les bases de calcul des redevances. Mais l'objet de ces trois obligations - communication, perfectionnements, redevances - peuvent être différentes et plus ou moins larges.

Les difficultés que pose cette délimitation tiennent à ce que le know-how n'a pas forcément une existence matérielle parfaitement définie. Mais ces difficultés sont plus techniques que juridiques [1].

Ces problèmes préliminaires résolus, les parties peuvent se consacrer aux problèmes juridiques essentiels, la détermination des obligations des parties.

3. La conclusion du contrat.

518. Contrats synallagmatiques, les contrats de know-how prévoient des obligations à la charge de chacune des parties.

1. Les obligations à la charge du communiquant.

518 bis. L'obligation essentielle à sa charge est de communiquer les connaissances qu'il a acquises. Si cette prestation s'appuie sur un certain nombre de supports matériels, elle est de nature intellectuelle. Le but du contrat est de transmettre des connaissances et non des documents. Cette prestation confère son originalité au know-how.

---

[1] Le know-how, [illegible] de l'entreprise [illegible] p. [illegible].

modalités pratiques, réglées librement par les parties, varient [illegible] avec les risques de désorganisation des entreprises, et les difficultés d'application du procédé [illegible].

L'assistance technique n'est pas nécessairement liée à la communication de know-how. Il peut y avoir des contrats d'assistance technique sans communication de know-how. Mais dès lors que le [illegible] faire est d'une certaine importance, toute communication de know-how comporte pratiquement une assistance technique. Il n'est pas impossible de dire que l'assistance technique est de l'essence des contrats de know-how [illegible].

521. Cette prestation qui permet la réalisation concrète de l'[illegible] principale confirme la nature du contrat de know-how, qui est [illegible]lement un contrat de services.

Cette obligation principale peut être réalisée par des [illegible] très divers : fourniture de plans, de dossiers, de bleus, etc...

---

(1) Cette assistance technique a souvent une grande importance et [illegible] prolonger pendant de très longues périodes. Elle peut se réaliser aussi dans le cadre de contrats de management, par lequel, le [illegible]seur assure la direction de la société cliente jusqu'à ce [illegible] de direction du client soient formés. Le conseil d'administration [illegible] s'engage parallèlement à ne pas s'opposer aux décisions [illegible]. Cette méthode, utilisée dans certains contrats clés en [illegible] pays en voie de développement, est incompatible avec les [illegible]paises relatives au fonctionnement des organes de direction [illegible] supra. Dans tous les cas, elle fait courir des risques [illegible] client quant à son indépendance. Sur une analyse critique des transferts de technologie et de l'assistance technique dans les pays en voie de développement, voir Ph. Laurent, Les transferts de technologie, Projet mars [illegible] p. [illegible] et [illegible].

(2) F.Magnin. mémoire précité p. [illegible] - thèse précitée n° [illegible] et [illegible].

Les documents matériels peuvent être fournis soit de manière définitive, soit de manière temporaire, uniquement pour la durée du contrat. Il est évident en effet que ces documents, choses corporelles propriété de l'entreprise, peuvent être repris à l'expiration du contrat si une clause le prévoit, de même que l'entreprise peut en interdire la reproduction. Mais cette faculté ne permet pas d'en déduire que l'entreprise peut ne transférer le know-how que temporairement. Le savoir-faire, en tant qu'il est une connaissance, est transmis définitivement dès la conclusion du contrat. Le seul problème qui peut se poser est celui de l'exploitation de ces connaissances à la fin du contrat, problème qui sera étudié avec le régime juridique applicable à ce contrat (1).

De même, le prestataire peut-il s'engager à fournir des machines ou du matériel. Mais toutes ces opérations de vente ou de prêt sont accessoires et n'influent pas sur la nature juridique du contrat.

A ces obligations du communiquant répondent les obligations du bénéficiaire.

2) Obligations à la charge du bénéficiaire.

522. Son obligation essentielle est, naturellement, de payer le prix. Cette obligation peut faire l'objet de clauses diverses. Il est généralement prévu le paiement d'une somme globale lors de la communication et le paiement de redevances fondées sur le chiffre d'affaires réalisé pendant une certaine durée (2). Ces redevances posent un problème

(1) Voir infra nº 540 et ss.
(2) F. Magnin thèse précitée nº 576 et ss.

délicat d'assiette que les parties ont intérêt à résoudre de façon très précise. Des clauses variées permettent de fixer cette assiette et de se prémunir contre des chiffres d'affaires manifestement insuffisants résiliation, chiffre d'affaires minimum, etc..... Le paiement de la fraction forfaitaire peut aussi être fractionné.

Deux contraintes commandent ici le choix des parties. Le prestataire a intérêt à limiter la durée des redevances et à obtenir le paiement d'un "cash" le plus important possible, car avec le temps le know-how peut perdre de son intérêt et le client aura tendance à considérer que ses paiements n'ont plus de raison d'être.

A l'inverse, le client cherchera, pour des raisons de crédit, à échelonner au maximum les paiements et le prestataire pourra alors obtenir une rémunération plus importante.

523. L'autre obligation essentielle à la charge du bénéficiaire est l'obligation au secret. Elle tient à la nature du know-how dont la valeur est de fait et non de droit (1). Cette obligation témoigne de la différence qu'il y a entre un contrat de communication de know-how et un contrat de licence ou de cession de brevet.

Dans ces derniers contrats, le donneur de licence peut légitimement limiter l'autorisation d'exploiter qu'il concède, la règle étant la non exploitation du brevet par des tiers. Au contraire, en matière de know-now, dès lors qu'il y a communication, le principe est la libre utilisation du savoir transféré. Cette obligation de non communication doit donc être expresse.

---

(1) F. Magnin thèse précitée n° 530.

fil. Ces clauses, si elles sont pour but de rapprocher le fonctionnement des contrats de know-how des contrats de licence, n'en remplissent pas moins de la nature juridique propre au contrat de know-how.

Elles peuvent être de deux sortes. Les premières imposent simplement une obligation de non communication au public. Même en l'absence de clauses expresses, il faut admettre que cette obligation existe à la charge du bénéficiaire. En effet, son non respect aboutirait à détruire la valeur du know-how et porterait un préjudice grave au communiquant. Cette obligation de discrétion est normalement inhérente au contrat de know-how.

Les secondes, organisant ou interdisant la communication du know-how à des tiers déterminés, sont d'un genre profondément différent. Du fait de la nature juridique de ce contrat, cette communication à des tiers privilégiés, sous-traitants, filiales, etc... est en principe libre. C'est pourquoi la plupart des contrats réglementent cette communication de manière très précise. L'interdiction de communication peut être absolue, mais des clauses plus souples existent. Le communiquant peut limiter le nombre de personnes à qui la communication sera permise, ou prévoir qu'un agréement préalable devra lui être demandé [illegible] obligation.

Ces clauses sont en principe valables. Si elles restreignent [illegible] bénéficiaire, elles ne l'empêchent pas d'exploiter le know-how, et elles sont légitimes dans la mesure où une divulgation [illegible] pour un risque certain à "l'inventeur" du know-how. Il est possible, [illegible] de les comparer avec les clauses de non concurrence, [illegible] dans la mesure où elles ne supprimant pas la possibilité d'exercer [illegible].

Mais ces clauses peuvent aussi tomber sous le coup de la législation réglementant la concurrence [1].

Cette définition du champ contractuel permet à présent d'examiner le régime juridique de ces contrats.

§ II. Le régime juridique des contrats de know-how.

505. Après avoir étudié le régime juridique du contrat de communication pur, il importe d'examiner plus particulièrement les problèmes particuliers que pose la communication de know-how introduite dans d'autres contrats.

A. Le contrat de communication de know-how.

506. Il est nécessaire de distinguer les problèmes, selon qu'ils se situent lors de l'exécution du contrat ou lors de son expiration.

a. L'exécution du contrat.

507. Les contrats prévoient généralement de manière précise les modalités d'exécution et semblent de pallier les difficultés qui peuvent s'opposer à l'exécution normale.

1° L'exécution normale.

508. La simple communication du know-how ne satisfait pas en elle-même le concessionnaire. Le bénéficiaire tient à être assuré du résultat positif qu'il obtiendra. Au contraire, le communiquant cherche à éviter le

---

[1] Voir infra, n° [illegible].

s'engager dans ce sens, craignant toujours que l'adaptation soit plus ou moins réussie. L'étendue des obligations du communiquant peut varier selon l'importance du know-how, ses difficultés de mise en oeuvre, ou son coût d'adaptation.

Lorsque le communiquant se limite à une transmission de connaissance intellectuelle, il est évident qu'il ne contracte qu'une obligation de moyens. Il est tenu de fournir les renseignements utiles à la mise en oeuvre du know-how, mais ne prend aucune responsabilité dans son adaptation concrète à l'entreprise (1).

Mais, le plus souvent, le communiquant participe à la mise en oeuvre du procédé. En particulier, il forme les techniciens de son client, conseille l'entreprise dans le choix des machines ou des fournitures. Là encore, le communiquant n'est tenu qu'à une obligation de diligence.

529. Il y a en revanche obligation de résultat lorsque le communiquant s'engage à garantir des résultats équivalents aux siens (2). Ce genre de clause ne semble d'ailleurs pas possible dans les know-how commerciaux dont les résultats sont trop aléatoires.

Mais, dès lors que le communiquant contrôle de manière étroite la mise en oeuvre du know-how, en surveillant et dirigeant personnellement son adaptation, en imposant un certain type de matériel ou de fournitures, il est possible d'admettre qu'il contracte une obligation de résultat . La mauvaise exécution de l'obligation sera présumée lorsque les résultats obtenus ne correspondent pas à ceux annoncés lors de la négociation du contrat.

---

1) F. Magnin, thèse précitée n° [illegible].
2) F. Magnin, thèse précitée n° [illegible].

Les communiquants cherchent généralement à éviter de tels engagements et prennent soin que leurs employés ne s'immiscent pas dans les opérations de leurs clients. Il n'en est autrement que dans les contrats intégrant étroitement les diverses entreprises, comme la sous-traitance ou le franchising.

530. L'autre problème que pose l'exécution du contrat tient à sa durée. La mise en oeuvre du know-how ne suffit pas à parfaire l'exécution du contrat. Le know-how n'est pas une chose figée, mais un flux continu d'améliorations. Les parties ont donc intérêt à prévoir le sort de ces améliorations pendant l'exécution de la convention. Les contractants peuvent introduire dans le contrat une clause d'échange gratuit de perfectionnements (1).

531. Le premier problème qui se pose à cet égard concerne la définition des perfectionnements à communiquer. Dans certains cas, les perfectionnements fondamentaux seront écartés. Il en est de même souvent pour les perfectionnements aboutissant à un know-how nouveau et autonome (2).

Ces clauses dépendent en fait de la position économique et scientifique des contractants. Si le bénéficiaire est une entreprise technologiquement avancée, le communiquant peut attendre beaucoup de ces clauses d'échange réciproque. Si au contraire son acquis technologique est faible, ces clauses ne présenteront pas pour le communiquant un grand intérêt. Dans ces cas, le contrat prévoit parfois que seul le communiquant fournira les perfectionnements gratuitement, le bénéficiaire étant rémunéré pour les perfectionnements qu'il fournira. Ceci permet au bénéficiaire de livrer son know-how à un meilleur prix, sans grand risque pour le communiquant, car il ne s'attend pas à ce que son partenaire améliore réellement son procédé.

---

(1) [illegible], thèse précitée n° [illegible] et [illegible] ; [illegible] de l'entreprise précitée p. [illegible] et [illegible].

(2) [illegible], thèse précitée n° [illegible].

[illegible]. Une [illegible] difficulté [illegible] que le contrat approche de sa fin, [illegible] à transmettre les perfectionnements. C'est pourquoi les parties préfèrent quelquefois ne pas prévoir l'échange de perfectionnements et conviennent plutôt de se réunir périodiquement afin de négocier à nouveau sur les éventuelles modifications à apporter.

533. Lorsque des clauses d'échange de perfectionnement existent, elles posent un problème particulier lorsqu'ils sont brevetables (1). Il faut alors prévoir qui déposera le brevet, du fournisseur initial ou de l'apporteur de perfectionnements. Il est généralement prévu que l'autre partenaire obtiendra une licence gratuite.

Dans certains cas, il peut être prévu, soit un dépôt conjoint, soit plus fréquemment un dépôt par l'inventeur dans les pays de son choix, le cocontractant pouvant déposer le brevet dans les autres pays. Ce système se combine avec l'octroi de licence gratuite. Il est surtout intéressant pour les brevets pris par le bénéficiaire du know-how. En effet, ce dernier hésite le plus souvent à déposer le brevet dans plusieurs pays, alors que le communiquant y trouvera son utilité.

Avec l'écoulement du temps, l'intérêt du savoir-faire [illegible] bénéficiaire a souvent l'impression de payer des redevances [illegible]. Les parties ont avantage à se prémunir contre cette [illegible] du know-how.

[illegible] d'exécution.

[illegible] le plus souvent de la perte de valeur du [illegible] pour effet de léser le bénéficiaire. [illegible] peuvent [illegible] du contrat par ce dernier.

---

(1) [illegible].

Il est certain que le communiquant peut ne pas en outre ses obligations. S'il s'agit de l'inexécution de son obligation [illegible]. Le problème est généralement résolu par les clauses de garantie et aboutit à la résolution du contrat. S'il s'agit des obligations accessoires (transmission des perfectionnements par exemple) le bénéficiaire pourra alors demander la résiliation du contrat.

Les troubles de jouissance peuvent aussi provenir des tiers qui peuvent révéler le know-how et le rendre public. Il peut arriver aussi qu'un tiers prenne un brevet recouvrant le know-how.

__ Le divulgation.

555. Si la divulgation du know-how par le tiers est fautive, une [illegible] du contrat de know-how peut obliger le communiquant à poursuivre le dernier. En l'absence d'une telle clause, le communiquant n'est tenu à aucune obligation et le bénéficiaire doit agir directement contre le tiers.

Mais, le plus souvent, la divulgation ne sera pas fautive. Le problème est de savoir si le bénéficiaire peut demander la résiliation du contrat. Pour certains auteurs [1] lorsque le know-how est secret et seulement dans ce cas là, la disparition de ce caractère entraîne normalement la suppression du paiement des redevances. Mais [illegible] n'est pas de l'essence du contrat [illegible] et dès lors que le communiquant a mis son co-contractant en mesure d'utiliser ses connaissances, il a accompli sa prestation et il n'y a aucune raison pour admettre la résiliation du contrat.

---

[1] Voir en Belgique le droit de l'entreprise [illegible]

Si le know-how était un bien, sa disparition physique (vente, ou publique (perte du droit privatif comme dans les brevets) supprimerait l'objet du contrat, mais tel n'est pas le cas. L'objet du contrat était de transmettre des connaissances. Cet objet a bien été réalisé, le bénéficiaire n'ayant pas la possibilité d'ignorer à ces connaissances par lui-même. La convention a donc une cause. Le bénéficiaire pas plus que le communiquant n'a le droit ou la possibilité de se réserver la jouissance privative du know-how. La seule conséquence de la divulgation est que les clauses limitant l'exploitation, ou la communication du know-how à des tiers, n'ont plus de raison d'être. Mais la suppression du paiement des redevances ne semble possible que si une clause précise la prévoit, ou tout au moins garantit le bénéficiaire des pertes qu'il pourrait subir du fait de cette divulgation.

Si la divulgation n'a normalement pas d'influence sur l'exécution du contrat, il en va différemment lorsque cette divulgation est la conséquence du dépôt d'un brevet.

Le dépôt d'un brevet.

536. Le communiquant n'est pas tenu de garantir ce risque, mais le problème de la survie du contrat se pose avec acuité.

Si le brevet intervient après la mise en œuvre du know-how par le bénéficiaire, ce dernier bénéficie du droit de possession personnelle, et peut donc en continuer l'exploitation. Simplement, il ne peut plus transmettre les connaissances acquises. Ce droit pouvait d'ailleurs lui être retiré conventionnellement. Le contrat peut donc être normalement exécuté. La convention n'étant ni une vente, ni une concession de bien mobilier, il n'y a aucune possibilité d'obtenir une restitution même

partielle, malgré la perte subie (1).

537. Si au contraire le brevet intervient avant la communication du know-how, mais après la signature du contrat, l'exécution n'est plus possible. Le communiquant n'a plus le droit de transmettre ses connaissances et d'ailleurs cette communication est inutile, puisque le know-how est devenu public, mais n'est plus exploitable. La cause et l'objet du contrat semblent bien avoir disparu. Il est donc logique d'admettre la possibilité d'annuler le contrat.

538. Une troisième hypothèse est à envisager. Les connaissances ont pu être transmises, mais leur exploitation non commencée lorsque le brevet intervient. Si l'on admet avec certains auteurs que le droit de possession personnelle joue dès lors qu'il y a connaissance des inventions, la situation se ramène à la première hypothèse. Mais si l'on admet avec le doyen Roubier (2) et la jurisprudence la plus récente (3) que ce droit de possession personnelle ne joue que s'il y a eu début d'exploitation, la situation est identique à celle de la deuxième hypothèse. Le communiquant a bien exécuté son obligation principale et à un moment où elle avait encore un intérêt. L'objet du contrat existe donc. Mais le contrat de know-how a pour but de permettre l'exploitation de ce know-how. Et ce but ne peut plus être satisfait. Il apparaît alors que le contrat n'a plus de cause et peut donc être annulé.

---

(1) Cahiers de droit de l'entreprise, précité p. 42. Il est certain cependant qu'une obligation de garantie peut être insérée au profit du bénéficiaire.
(2) P. Roubier, op. cité. t. II. p. 177.
(3) Paris 20 décembre 1960, précité.

539. L'exécution normale d'un contrat de know-how repose en définitive sur un certain nombre de circonstances aléatoires. Le know-how n'est pas une chose et sa valeur est relative dans l'espace et dans le temps. Le bénéficiaire a souvent intérêt à se dégager du contrat. Concrètement, il cherchera soit à arrêter de payer les redevances prévues, soit à se dégager de l'obligation de confidentialité qui lui est imposée.

Ces problèmes d'exécution placent le communiquant dans une situation difficile, car ce dernier qui a exécuté sa prestation principale, n'a plus guère de moyens de pressions contractuels.

Ces violations du contrat aboutiront le plus souvent à la résiliation du contrat, qui pourra se combiner avec l'allocation de dommages et intérêts ou la mise en jeu d'une clause pénale.

b. La fin du contrat.

540. Il est difficile d'imaginer des contrats de know-how à durée indéterminée. Le prix n'est en fait déterminable que si le contrat a une durée limitée. En conséquence, la fin du contrat est normalement prévue par les parties. Mais elle peut arriver aussi prématurément du fait de la violation par [illegible] de leurs obligations.

' La fin normale du contrat.

[illegible], la durée du contrat n'est pas nécessairement homogène.

L'obligation de communication des connaissances se développe selon une durée généralement assez courte qui peut être prévue précisément par les parties.

Au contraire, le paiement du prix, qu'il représente [illegible] versement fractionné d'une somme forfaitaire ou le paiement de [illegible], s'étend sur une durée beaucoup plus longue, atteignant normalement plusieurs années.

Des délais particuliers sont fréquemment prévus pour [illegible] obligations accessoires : échange de perfectionnements, clause [illegible] clause de non concurrence.

542. Les clauses interdisant au bénéficiaire d'exploiter le know-how [illegible] l'expiration normale du contrat sont celles qui posent le plus [illegible] problèmes. Elles sont fréquentes, car les praticiens bâtissent [illegible] contrats sur le modèle des licences de brevet. Mais, les contrats [illegible] now ne portent pas sur des droits de propriété industrielle.

Le communiquant, n'ayant aucun droit privatif [illegible] autoriser ou à interdire l'utilisation de ce know-how, dès lors que le bénéficiaire le connaît. Ce dernier peut librement l'exploiter [illegible] ou ne pas l'exploiter sous réserve des clauses imposant un chiffre [illegible] minimum. Il est impossible de "reprendre" le know-how. Le contrat [illegible] imposer au bénéficiaire de rendre tous les documents qui lui [illegible] confié, mais ces clauses ne suffisent pas pour garantir l'[illegible] procédé et ne peuvent être considérées comme interdisant l'[illegible]. Pour interdire cette exploitation, des clauses expresses [illegible], mais leur validité peut être contestée. Le problème des clauses [illegible] concurrence se retrouve ici, mutatis mutandis. Il semble [illegible] doivent être interprétées de manière restrictive, en tenant [illegible] troubles qu'elles peuvent apporter dans l'exercice normal [illegible].

[illegible]

Le droit d'exploitation est normalement indissociable des connaissances abstraites qui en sont le support. Les clauses restreignant ce droit sont même plus contestables que les clauses de non concurrence. Les dernières peuvent se justifier dans la mesure où elles tendent à éviter des manoeuvres déloyales. Les clauses de cessation de l'exploitation ne peuvent, en revanche, bénéficier de cette justification. En outre, elles sont susceptibles de constituer des atteintes illicites à la concurrence (1).

Elles ne semblent donc licites que lorsqu'elles ont pour but de garantir le communiquant contre la violation de certaines obligations contractuelles.

2) La fin anormale du contrat.

543. Lorsque la résiliation intervient en raison de l'inexécution de certaines obligations par le communiquant, il est certain que ces clauses limitant le droit d'exploitation ne peuvent s'appliquer. Le bénéficiaire est alors libéré de ses obligations, mais peut continuer à utiliser normalement les connaissances qu'il a acquises.

En revanche, lorsque ce dernier n'exécute pas ses obligations, la résiliation pure et simple du contrat n'a pas d'intérêt pour le communiquant lésé. Elle n'aboutirait qu'à aggraver sa situation. Il ne toucherait plus les redevances et son partenaire pourrait continuer à utiliser librement les connaissances. Il est donc normal que ces clauses interdisant l'utilisation du know-how à l'expiration du contrat soient introduites comme une sanction de l'inexécution des obligations du bénéficiaire. Elles permettent alors de rétablir l'égalité contractuelle.

---

(1) Voir infra nº 610 et s.

Toutes ces difficultés se retrouvent dans les contrats dont le know-how n'est qu'un élément. Mais des questions spécifiques peuvent être soulevées en raison du particularisme des contrats dans lesquels la communication du know-how est incluse.

B. Les problèmes posés dans le cadre de contrats généraux.

544. Il ne s'agira ici que de relever les problèmes les plus significatifs, sans s'étendre sur leur solution qui relève essentiellement de l'étude de chaque contrat.

Ces problèmes se posent essentiellement dans les contrats de licence de brevet et dans les contrats d'ingenierie.

a. La licence de brevet.

545. Les brevets ont une durée limitée. Il se pose alors le problème de savoir si la durée d'exploitation du know-how doit correspondre exactement à la durée de la licence de brevet. Le même problème peut se poser lorsque la licence de brevet est interrompue, parce que le licencié a perdu le droit d'exploiter le brevet (1).

Dans les deux cas, les tribunaux semblent refuser de dissocier le know-how du brevet. Ils considèrent que le know-how est l'accessoire du brevet et perd sa raison d'être dès lors que le brevet n'est plus utilisable (2). Ils en concluent que le licencié n'a plus le droit d'utiliser

---

1) P. Magnin, thèse précitée nº 516 et ss.
2) Sur les problèmes particuliers posés par ces clauses au regard du droit de la concurrence, voir infra nº 810 et ss.

le know-how à l'expiration du contrat de brevet [1] et qu'il n'a plus à payer les redevances du know-how en cas de [illegible] du brevet [2].

546. Ces solutions ne sont pas très satisfaisantes. Il n'y a aucune raison pour affirmer a priori que le know-how n'a d'intérêt qu'en rapport avec un brevet. Les solutions données par les tribunaux ne peuvent se justifier, que dans la mesure où le know-how n'est pratiquement pas utilisable en dehors du brevet. Mais il est de nombreux cas où le brevet n'est que l'accessoire du know-how.

547. Il est vrai cependant que la clause prévoyant le maintien du know-how à l'expiration du brevet peut constituer une atteinte illicite à la concurrence [3] dans la mesure où elle permet artificiellement le maintien du monopole d'exploitation du brevet [illegible]. Les parties auront alors intérêt à dissocier clairement le contrat de know-how du contrat de brevet.

Il n'en demeure pas moins qu'interdire à priori le maintien du know-how à l'expiration du brevet est peu conforme à la nature juridique du contrat de know-how. C'est pourquoi il semble nécessaire de limiter [illegible] jurisprudence aux hypothèses où le know-how n'a de raison d'être [illegible] le brevet.

---

1. Paris [illegible] juin 1960, Annales 1963,245 (com.)
2. Cass. Com. [illegible] novembre 1957. Bull. Civ. III n° 197.
3. Commission C.E.E. Affaire Henkel-Colgate. 23 décembre 1971, J.O.C.E. n° L. 4 du [illegible] janvier 1972.

b) L'ingenierie.

548. Le communiquant du know-how est souvent un tiers au contrat d'ingenierie. Le problème qui se pose est essentiellement de connaître l'étendue des garanties de chaque partie dans la mise en oeuvre du know-how.

Le communiquant assure généralement les garanties générales de rendement et la société d'ingenierie conserve la responsabilité de l'adaptation et de la mise en oeuvre concrete du procédé. Cette répartition concerne surtout la contribution définitive à la dette.

Mais la société d'ingenierie peut éventuellement s'engager à garantir le client pour le tout, quitte à se retourner ensuite contre le communiquant.

Ces problemes peuvent être pratiquement délicats à résoudre, mais les contrats prévoient généralement une délimitation très [illegible] des obligations de chaque partie, ce qui évite de trop nombreux [illegible].

549. La détermination du régime juridique, concrètement [illegible] contrats portant sur des éléments de know-how, ne peut être [illegible] qu'en se référant à la pratique contractuelle.

Cette étude des usages contractuels, n'est pas suffisante pour déterminer la nature juridique du know-how. Elle permet cependant de déceler la fonction du know-how [illegible]

Economiquement, le know-how est un bien. Il fait l'objet d'une appropriation de fait. Il peut être "transmis", soit avec d'autres biens, soit à titre isolé. Et les praticiens font en sorte que cette "transmission" se rapproche le plus possible de celle des autres biens. Les contrats de know-how sont modelés sur les contrats de cession ou de licence.

Mais ce bien intellectuel n'est pas reconnu par la loi. Et sa détention n'est pas autre chose qu'une simple possession. Elle n'a pas vocation à devenir propriété. Les conséquences les plus importantes de cette situation concernent justement la transmission du know-how, qui doit emprunter la forme des contrats de services (1).

550. Il n'en demeure pas moins vrai que la réalité des services, comme biens, ne cesse de s'affirmer. Les services sont des biens essentiels, même pour lesentreprises de production. A fortiori, cette valeur des services s'affirme pour les entreprises dont l'objet est la prestation de services.

Pour un nombre de plus en plus grand d'entreprises, les services sont en effet les seuls biens. Il est alors apparu nécessaire de leur appliquer les règles réservées aux biens corporels. Il est devenu nécessaire de les protéger de la même manière que les autres biens.

La reconnaissance juridique des marques de services est à cet égard capital. Dans une économie de marché, l'institution des marques est un support nécessaire au développement des échanges.

---

(1) Sur ce double aspect, voir aussi F. Magnin, thèse précitée n° 230 et s.

CHAPITRE II. LES MARQUES DE SERVICES

[illegible]. Signe apposé sur un objet, la marque a traditionnellement deux fonctions.

Elle sert d'abord à identifier lesproduits. Tant que ces derniers ont eu une origine essentiellement artisanale, n'ayant qu'un rayonnement réduit, l'existence de marques (1) avait peu d'utilité. La personne du fabricant - vendeur permettait d'individualiser facilement les produits et le choix du client se faisait en fonction de la réputation de l'artisan. Le développement de la production industrielle, la séparation des activités de distribution et de fabrication, l'élargissement de la sphère de distribution des produits ont rendu nécessaire la création de signes distinctifs et ont permis leur développement.

Substitut du lien matériel entre producteurs et produit, la marque permet d'individualiser les produits. En permettant d'identifier [illegible] produits concurrents, c'est-à-dire des produits similaires, les marques [illegible] l'autonomie entre le produit et le fabricant. La marque est indépendante de son titulaire et un même producteur peut être titulaire [illegible] plusieurs marques recouvrant les divers produits qu'il fabrique. Ce

---

[illegible]

rôle d'identification des produits répond aux nécessités de l'échange dans une économie de marché. Le marché est le lieu où se rencontrent les produits et où s'établit le choix du client. Les entreprises n'ont pas à y intervenir directement.

Mais étant donné la standardisation de la production, ces "lois" de l'échange ne pourraient correctement jouer, si le choix était purement arbitraire, les produits n'étant pas facilement identifiables.

Pour réaliser cette fonction d'identification, la marque doit assurer à son titulaire un monopole d'utilisation. Ce monopole est une condition de la concurrence. Mais parce qu'il assure une appropriation privative, ce monopole va permettre aux entreprises de se protéger de la concurrence, dès lors que le marché ne sera plus [illegible] mais tendra vers des positions d'oligopole ou de monopole.

Ceci se vérifie particulièrement pour les marques notoires qui bénéficient d'une protection plus large que les marques ordinaires. Le véritable intérêt des marques de notoriété, est que tout produit revêtu de ce signe bénéficiera a priori d'une faveur de la clientèle. Les tribunaux admettent assez facilement, bien qu'implicitement - et au moins pour les produits de luxe - qu'un produit marqué peut bénéficier au regard des lois sur la concurrence d'un traitement plus favorable qu'un produit non marqué, alors que la différence entre ces deux produits vient de l'existence d'une marque et non d'une qualité du produit (1). La pratique de certaines formes consistant à vendre leurs produits marqués ou non marqués (2) selon la clientèle à qui elles s'adressent, montre l'intérêt que peut offrir ce monopole pour influencer le marché.

---

(1) Paris 20 mai 1965. G.P. 1965.2.7[illegible].

(2) Cette pratique [illegible] Cour de Cassation [illegible] [illegible]

552. Ces facteurs montrent que la marque a aussi un rôle publicitaire. Cette deuxième fonction donne toute sa valeur au monopole qui découle de la marque. Le monopole se trouve d'ailleurs renforcé par les formes modernes de distribution dont l'objet est d'harmoniser production et commercialisation. Les techniques, telle la vente par les concessionnaires exclusifs, reposent pour une large part sur la production de produits de marque.

553. Cette évolution et ce dualisme fonctionnel se retrouvent dans les marques de services. Ces caractères sont même accentués en raison de l'originalité des services.

Difficilement matérialisables, les services ne pourront souvent être distingués que par la marque qui les recouvre. Et parce que les supports des marques de services n'ont pas une permanence suffisante, la marque se rattachera souvent à l'entreprise elle-même.

En raison de la nature même des services, il est en effet impossible d'assimiler totalement marques de services et marques de produits. La marque de service n'a pas d'objet matériel. En conséquence, la différence entre marque de produit et marque de service ne vient pas de la nature du bien sur lequel est apposé le signe : bien corporel ou bien incorporel ; elle tient à ce que dans les marques de services, le signe est apposé sur un "non bien". Fonctionnellement, le service tant qu'il n'est pas exécuté n'est qu'une dette.

554. La reconnaissance des marques de services a donc une importance théorique considérable. Elle conduit à conférer une existence juridique à une simple potentialité dont la valeur économique n'était pas née, mais [illegible] restait à la frontière du droit. Les services naissent à la vie juridique avant d'être fournis.

Mais il faut aller plus loin. La plupart des services sont insaisissables concrètement avant d'être fournis et même après avoir été exécutés. Leur reconnaître la possibilité d'être marqués revient en quelque sorte à les matérialiser. Alors que pour les marques de produits, le signe se matérialise dans le produit, pour les marques de services la prestation se matérialise, se choisifie dans le signe. La marque devient en quelque sorte le support du service.

La reconnaissance législative des marques de service aboutit à la reconnaissance des services en tant que biens, et donnent aux services un caractère concret.

555. Le développement tardif des marques de services provient du fait que le secteur tertiaire est resté longtemps figé, au moins pour une large part, dans des structures archaïques et artisanales. La croissance et la standardisation de ces activités ont fait apparaître la nécessité des marques de services. Il est significatif que le premier pays à admettre l'existence de marques de services fût les Etats-Unis d'Amérique. Depuis la plupart des pays occidentaux ont suivi. La France pour sa part a consacré les marques de services par la loi du 31 décembre 1964.

556. Mais cette "promotion" juridique des services ne supprime pas la difficulté de matérialisation des marques de services.

Cette difficulté va avoir pour conséquence de renforcer la deuxième fonction des marques, méthode d'intervention des entreprises sur le marché.

Ne pouvant se matérialiser dans des choses, les marques de services vont rester liées aux entreprises productrices de services. L'entreprise sera finalement le support de la marque. Cette tendance sera renforcée dans le cadre du lien entre propriétaire et [illegible]

plus fort pour les services que pour les produits.

Aussi, après avoir étudié dans une première section les particularités des marques de services tenant à l'originalité des prestations de services, les rapports entre marques de services et prestataires de services seront étudiés dans une deuxième section.

Section I. Marques de services et prestations de services.

Section II. Marques de services et prestataires de services.

SECTION I. MARQUES DE SERVICES ET PRESTATIONS DE SERVICES.

557. Pour appliquer aux services le droit des marques, le législateur avait deux possibilités : soit créer une législation spécifique aux marques de services, aussi bien quant à sa définition, qu'à son contenu (1), soit les assimiler complètement aux marques de produits. Cette dernière solution qui offre de nombreux avantages fût adoptée. L'assimilation se justifie dans la mesure où les marques de services et les marques de produits ont une fonction identique. Elle permet pratiquement d'éviter une discrimination entre les entreprises selon leurs activités. Elle permet aussi d'éluder dans une large mesure le problème de la définition du concept de services.

558. Cette conception a cependant pour inconvénient de ne pas tenir compte des particularismes des services. En conséquence, l'identité de protection est plus apparente que réelle, et la distinction entre services et produits est malgré tout inévitable.

La nature particulière des prestations de services confère une certaine originalité aux marques de services, notamment quant à sa matérialisation.

---

(1) Voir notamment Bonasi-Benucci-Il marchio di servizio. Milan [illegible]

Avant d'étudier cette originalité des marques de services, il est nécessaire d'essayer de dégager la notion des services tel qu'elle apparaît dans le droit des marques.

§ I . La spécificité de la notion de service .

§ II. La spécificité des marques de services.

§ I. La spécificité de la notion de service.

559. Le problème se pose en des termes assez proches de celui de la définition des prestations de services dans la législation économique (1).

En effet, la méthode - ou l'absence de méthode - du législateur a été identique dans les deux cas.

Le législateur dans la loi de 1964 n'a pas fait des services un concept juridique nouveau et en conséquence n'a pas cherché à lui donner une signification et un contenu propres. Il s'est contenté d'englober sous ce terme une série d'activités économiques disparates afin de les faire bénéficier de la loi nouvelle. Dès lors les prestations de services sont tout ce qui n'est pas fourniture de produits. Le domaine des prestations de services, dans le droit des marques est alors sensiblement aussi large que celui des prestations de services dans la législation économique (2). Cependant, ces deux domaines ne sont pas identiques. Les marques de produits en effet ont toujours compris des opérations qui sont en réalité des services. Certaines activités exclues de la réglementation économique constituent en revanche des services au regard du droit des marques (3). Aussi est-il intéressant de chercher à dégager une

(1) Sur cette définition, voir infra nº 711 et s.

(2) Voir infra nº 711 et s.

(3) Cette différence d'appréciation peut tenir à la différence de nature de ces deux types de règle. Le droit des marques donne une liberté. La réglementation économique établit au contraire des interdictions.

définition des services, en vue d'en établir si possible une classification.

A. La définition des services.

560. La loi du 31 juillet 1964 ne donne pas de définition synthétique des services auxquels elle s'applique. Elle se limite à une énumération reprenant la classification internationale établie par l'Arrangement de Nice du 15 juin 1957.

- 35. publicité et affaires
- 36. assurances et finances
- 37. construction et réparations
- 38. communications
- 39. transports et entrepôts
- 40. traitement de matériaux
- 41. éducation et divertissement
- 42. divers

Cette classification est extrêmement large. D'une part, plusieurs des classes prévues englobe des activités très variées, dont certaines aboutissent à la fabrication de choses. Tel est le cas de la classe 37 qui comprend les activités de construction. Certaines activités relatives à des biens, comme les activités d'assurance et de finance, sont aussi considérées comme des services. D'autre part, la classe 42 enlève toute valeur exhaustive à cette classification.

Le législateur a considéré au moins en règle générale que toutes les activités n'aboutissant pas directement à la production et à la circulation de biens matériels sont des activités de services.

561. Malgré son étendue, la catégorie des services comporte des limites et des exceptions. Avant 1964, les marques portant sur des activités rentrant dans cette définition étaient considérées comme des marques de produits. La question se pose de savoir si ces solutions doivent être maintenues.

Ces marques s'apposaient bien sur des produits. Mais elles n'avaient pas pour objet direct de les identifier. Elles identifiaient soit une activité dont le produit était l'objet, soit une activité dont le produit était le moyen nécessaire.

a. Activités dont le produit est l'objet.

562. Les marques de commerce sont apposées sur les produits par des commerçants distributeurs, mais elles ne servent pas à distinguer directement l'origine des produits. Elles désignent la prestation particulière qui consiste à servir d'intermédiaire dans la circulation des produits. Ce rôle est très net dans certaines formes de distribution comme le franchising (1). Le contrat autorise le franchisé à apposer sur les produits qu'il distribue la marque du franchiseur. Mais cette marque identifie autant le know-how commercial de ce dernier que l'origine du [illegible]. C'est en définitive le système de vente du franchisor qui est [illegible] par la marque. Elle signale à l'attention de la clientèle [illegible] des services fournis par l'ensemble des franchisés. L'identité [illegible], [illegible] tous les franchisés permet de rentabiliser une publicité [illegible] national. Le lien entre la marque de commerce et les [illegible] intellectuelles fournies par le franchiseur est donc très étroit.

---

(1) [illegible] de franchise intéressent souvent le secteur des services. [illegible] certain alors que la marque concédée est une marque de service. [illegible] se pose, en conséquence, que sur les franchises de [illegible].

Il apparaît clairement aussi à l'expiration du contrat de franchise. Les franchisés perdent alors le droit d'utiliser la marque. Il n'est donc pas impossible de prétendre que dans cette hypothèse la marque de commerce constitue aussi une marque de services.

563. Cependant, le franchising est un type de distribution très particulier dans lequel la fourniture de services est essentielle En conséquence, la marque a là une double fonction. Elle identifie le produit vendu par un commerçant comme toutes les marques de commerce. Elle identifie aussi un ensemble d'activités, connues sous le nom de franchising, et qui sont des activités de services. Mais en dehors de cette hypothèse il n'est pas possible de considérer que marques de commerce sont des marques de services. Ce serait étendre la notion de service de manière exagérée. Admettre que l'activité de distribution est une activité de service ferait perdre à ce concept toute précision et toute signification. Mais cette raison n'est pas suffisante.

Si le distributeur ne peut être considéré comme étant un prestataire de service, bien qu'il rende des services - lato sensu - c'est que son activité porte directement sur des produits. La marque de commerce désigne donc bien un objet, non au stade de sa fabrication, mais au stade de sa sélection et de sa mise en vente. Il est d'ailleurs des cas où la marchandise fabriquée pour un distributeur déterminé ne comporte que la marque de commerce, qui est bien une marque indiquant l'origine des produits. Le cas est fréquent dans le commerce des vins.

Il est significatif que pour le consommateur, la marque de commerce joue essentiellement le rôle d'un signe permettant d'identifier un produit. Ce rôle économique de la marque de commerce a des conséquences sur l'analyse juridique. Le distributeur est propriétaire des produits qu'il vend. Il peut apposer à ce titre une marque sur sa chose. Cette technique déborde donc dans le cadre classique du droit des marques. La

marque est d'abord un signe servant à identifier de manière durable une relation juridique de propriété. Au contraire, la marque de service ne témoigne pas de la propriété d'une chose, car elle porte sur une activité n'aboutissant pas à la création d'un droit réel.

564. Il semble bien qu'il faille alors admettre que les marques collectives (1) sont des marques de services, puisqu'elles sont apposées sur des produits par des organismes étrangers à leur fabrication ou à leur distribution.

Propriété d'un groupement, la marque collective est apposée sur les objets ou sur les services des membres de ce groupement et garantit le respect de certaines normes de fabrication ou d'exécution, ou encore l'existence de certaines qualités.

Ainsi, même apposée sur un produit, la marque collective semble bien être une marque de service (2). Elle est une garantie de qualité et témoigne d'une activité de vérification effectuée par son titulaire.

Cependant, la marque collective n'a pas pour objet essentiel d'identifier cette activité. Son objet essentiel est de témoigner de la qualité des marchandises, et du respect de certaines normes de production. La marque collective identifie donc des objets et elle rejaillit indirectement sur le fabricant. Il est significatif à cet égard que ce signe puisse être apposé directement par le producteur membre du groupement titulaire de la marque et sous le contrôle de ce dernier. De toute manière,

---

(1) sur cette question, voir R. Dusolier, Les marques collectives et les marques de qualité dans l'ancien droit et dans le droit moderne, Mélanges Bastian II, p. [illegible] et ss.

(2) M.A. Perot Morel, Les marques de services, R.T.D. Com. [illegible] et ss, n° [illegible] ; Plaisant, Rev. dr. intellectuel. [illegible] Cons. [illegible], p. [illegible].

l'originalité du rôle des marques collectives fait qu'elles ne peuvent être assimilées aux marques ordinaires, qu'elles soient de produits ou de services.

En effet, les personnes physiques ou morales ayant une activité commerciale ne peuvent en être titulaires. Seuls les groupements à but désintéressé peuvent l'être. Ce sont les marques de certification qui ont, au moins théoriquement, pour objet de servir l'intérêt général et non des intérêts privés. Elles n'ont donc pas exactement la même fonction que les marques de produits ou de services.

365. Avant la reconnaissance législative des marques de services, les tribunaux avaient tendance à élargir le domaine des marques de produits afin de faire bénéficier certains services du droit des marques (1). Ces extensions ont concerné en particulier les activités de traitement.

Les pays ne connaissant pas les marques de services, admettent facilement que les activités de traitement tendant à conférer certaines qualités à des produits peuvent être couvertes par des marques de fabrique. Une partie de la doctrine (2) considère d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une extension abusive des marques de produits. Pour ces auteurs, le signe identifie non pas l'activité du traitement, mais une propriété du produit et par là le produit lui-même.

Il est vrai que l'activité de traitement peut aboutir à la création d'un nouveau produit, en lui conférant des qualités entièrement nouvelles. Il est devenu d'usage à ce propos de citer l'exemple du pneu

---

(1) M. A. Perot-Morel, Les marques de services. R.T.D. Com. 1970. p. 941 et ss. nº 16.

(2) Voir notamment Mandonnet. La Marque de Service. La propriété industrielle 1969. Etudes générales p. 127.

'Matterhorn'. Le rechapage de l'ancien pneu aboutissait en fait à créer un nouveau pneu. Mais le plus souvent, le traitement n'aboutit pas à ce résultat. Comme le fait remarquer Monsieur E. Fleury [1] la marque de traitement apposée sur le produit est insuffisante pour en indiquer l'origine. L'exemple des tissus 'Sanforisés' est lui aussi devenu classique. Des tissus d'origines très différentes subissent ce traitement et sont recouverts de la marque 'Sanfor" qui ne permet pas de distinguer entre ces tissus. La marque indique seulement que les objets traités ont été imperméabilisés, et que cette activité a été effectuée non par le fabricant, mais par une entreprise indépendante. La marque de traitement aboutit donc à déterminer l'origine d'une prestation fournie par une entreprise de services. Il faut la considérer en conséquence comme une marque de service. Telle est d'ailleurs la solution du législateur.

Le classement comme marques de produits, des marques de services, est encore plus abusif lorsque l'activité identifiée n'utilise les produits que comme moyen de réaliser la prestation.

[illegible] Activités dont le produit n'est que le moyen.

[illegible]. Cette pratique a surtout concerné les activités de transports.

Les opérations de transport sont des activités de services [illegible] que la prestation [illegible] à la création d'un [illegible] opération [illegible] transport s'effectue [illegible] par [illegible] corpor[illegible] sont [illegible] liés à [illegible] de la prestation [illegible] transport [illegible] ont naturellement [illegible] Et les tribunaux ont été amenés à [illegible] pour imitation frauduleuse de marque [illegible]

[illegible]

[1] [illegible]

Ces marques étaient en réalité des marques de services. Elles indiquaient non pas l'origine des produits, mais exclusivement l'origine des prestations de services. Les véhicules n'apparaissaient qu'à titre de support.

567. Mais certains auteurs (1) considèrent qu'en réalité toutes les marques ont le même objet. Elles n'identifient pas des produits, mais l'origine des prestations industrielles (marques de fabrique) ou commerciales (marques de commerce) ou immatérielles (marques de services). Toutes les marques seraient en définitive des marques de services, les produits n'ayant qu'un rôle de support. Les seules différences entre les marques viendraient justement de l'existence ou de l'inexistence de supports.

Cette analyse est séduisante, et elle a le mérite de faire ressortir le lien existant entre la marque et l'entreprise productrice de biens ou de services. Elle est cependant critiquable, car elle marque une différence essentielle existant entre les marques de services et de produits et tenant à la nature des services. La marque de produit identifie une relation juridique de propriété, alors que la marque de service, même lorsqu'elle est apposée sur un objet identifie une action ne donnant pas lieu à une appropriation immédiate.

Il est vrai, en revanche, que le problème essentiel [illegible] par les marques de services est celui de leur support (2). Si pour certaines marques de services il est possible de trouver des [illegible] matériels adéquats, ce n'est pas toujours le cas. Il est donc possible

(1) R.D.Plum. Les marques de services. La propriété industrielle [illegible]. Etudes générales p. [illegible].

2. C'est pourquoi, il n'est pas en définitive abusif de classer les assurances et les activités financières dans les services au moment du droit des marques. Ces activités en effet portent sur des biens, mais ces biens ne peuvent pas en raison de leur nature - argent - constituer un support pour une marque.

de distinguer entre les marques de services selon que les services portent sur des choses ou sont [illegible] complètement immatériels.

B. La classification des services selon leur objet.

568. Tenter cette classification présente un double intérêt. Elle peut permettre de préciser le concept de services. Surtout elle met l'accent sur le problème essentiel des marques de services, celui de leur support.

Toute classification doit distinguer en effet selon que le service s'incorpore à une chose ou pas (1).

a) Les services matériels.

569. Toutes les prestations fournies par des entreprises qui ont pour objet de réparer, nettoyer, traiter des produits, rentrent dans cette catégorie. Les entreprises de location doivent elles aussi être classées dans cette catégorie. La prestation - dans la mesure où la loi la considère comme un service - porte directement sur une chose matérielle.

Dans tous les cas, le support de la marque ne pose pas de véritable difficulté. Dès avant 1964, les signes identifiant les prestations de ces entreprises, étaient assez facilement considérées comme des marques valables (2).

Le problème est plus délicat lorsque les services sont abstraits.

---

(1) Comp. M.A. Perot-Morel, art. [illegible] n° 9 et ss.
(2) Voir [illegible] n° [illegible] et ss.

b) Les services abstraits.

570. Ces services très nombreux, sont ceux qui se développent le plus rapidement (1).

Ils sont en outre très diversifiés. Des services aussi différents que les services bancaires, les assurances, les agences de voyage, les transports, les services de conseil, les bureaux d'études, les services d'informatique, rentrent dans cette catégorie.

Il est cependant possible d'établir des distinctions. Certains services consistent dans des prestations totalement abstraites (services de conseils, bureaux d'études, etc...) et n'exigent aucun matériel spécifique. D'autres, comme les transports, ne peuvent s'exécuter qu'avec un matériel spécifique. Il est évident que pour cette seconde catégorie, le problème du support n'est pas très complexe. Le lien entre le moyen matériel et la prestation est suffisamment étroit, pour que la marque trouve un support adéquat. Au contraire, la première sous catégorie pose des problèmes beaucoup plus considérables.

571. Cette classification demeure très imparfaite. Il est en effet très difficile de donner une définition simple et cohérente du concept de services. Cette impossibilité tient en particulier au fait que le droit des marques - comme la législation économique - a une conception extensive des services.

En outre, cette classification n'a aucune valeur en droit positif, la loi de 1964 ne distinguant pas selon les services [illegible]. Il n'en

1) Voir supra nº 2.
2) M.A. Parot-Morel, art. précité nº 1.

[illegible] pas moins que les [illegible] propres aux marques de services [illegible] surtout les [illegible] pratique [illegible].

§ II. La spécificité des marques de services.

[illegible]. Cette spécificité tient aux difficultés d'individualisation des marques de services. Il en découle que ces marques ne peuvent être assimilées aux marques de produits. Certaines notions essentielles du droit des marques doivent en conséquence subir des aménagements. Il en est notamment ainsi du principe de spécialité.

A) L'individualisation des marques de services.

[illegible] Le problème se pose essentiellement pour les services abstraits et intellectuels. Pour que le signe permette d'identifier clairement la prestation, il faut en effet que la marque s'appuie sur un support [illegible] soit en relation directe avec l'activité exercée.

Or, ce signe devient le symbole de l'activité exercée, et [illegible] aussi le support à toute campagne de publicité. La marque pour [illegible] cette fonction publicitaire doit donc avoir une large diffusion.

Ces difficultés ont pour conséquence de transformer la [illegible] des marques de services et de les rattacher plus à l'entre- [illegible] prestation. Elles conduisent aussi les tribunaux et [illegible] à changer leur appréciation des qualités requises des [illegible] de marques. Le problème se pose essentiellement dans [illegible] de leur caractère distinctif et dans la possibilité [illegible] marques puissent être [illegible] comme les marques de forme ou [illegible] sonores.

a. Le caractère distinctif de la marque.

[illegible]. Si les marques ne témoignent pas d'un minimum d'originalité, [illegible] ne peuvent jouer leur rôle d'identification. Il en résulterait un préjudice pour les entreprises ainsi qu'une protection illusoire.

Les signes ne doivent donc être ni génériques, ni purement descriptifs (1). Ils ne peuvent notamment pas se contenter de [illegible] exclusivement une qualité essentielle du produit ou du service (2).

Or ces conditions sont plus difficilement réalisables pour les marques de services que pour les marques de produits.

N'étant pas incorporés aux services, comme les marques de produits le sont aux produits, elles doivent, pour identifier [illegible] les décrire de manière assez précise. A la limite, il est possible de [illegible] qu'une marque de service doit pour être exploitée décrire très [illegible] le service. Or, cette solution serait inadmissible pour les marques de produits. La description du service peut même être pour les marques de services une garantie de bonne foi. Elle permet en effet au public [illegible] faire une idée précise de la prestation fournie.

Ce particularisme tient, en définitive, à [illegible] marque de service, le service se matérialise dans le signe. [illegible] produit est immédiatement décelable, le service n'est [illegible] sa description.

---

(1) Sur cette question, voir A. Françon, La prohibition des marques descriptives en droit français, Mélanges Desbois, Dalloz 1974 p.127 [illegible].

(2) Voir pour un service d'hôtesses le rejet de la marque "hôtesses de France" [illegible] Paris [illegible] juillet 1973 D.1974-som.27. Voir aussi [illegible] la [illegible] 3.[illegible].

Pour ces raisons, le rôle publicitaire de la marque de service est prépondérant, à tel point qu'aux Etats-Unis le Lanham act (1) a admis comme marques de services des signes à caractère purement publicitaire.

Le caractère descriptif de la marque devient donc une nécessité dans l'intérêt des professionnels et du public.

574. Or, l'Institut National de la propriété industrielle a au début de l'application de la loi, montré une sévérité difficilement compréhensible.

L'enregistrement de marques de services bancaires a été refusée en raison de leur caractère par trop descriptif. Les Tribunaux administratifs ont dans un premier temps approuvé cette attitude. Ainsi le tribunal administratif de Lyon (2) a-t-il refusé d'admettre l'enregistrement de la marque Société Lyonnaise de Dépôts et de Crédit Industriel. Il a considéré que ce sigle constituait une désignation générique et nécessaire des services fournis, et que l'épithète Lyonnais constituait une qualité essentielle du service. L'institut national de la propriété industrielle avait refusé aussi l'enregistrement de la marque Crédit Industriel de l'Ouest (3) pour les mêmes raisons.

Ces solutions ont été généralement critiquées. Si comme le fait remarquer le Professeur Plaisant, il est nécessaire de maintenir au droit des marques un certain sens, ces associations de mots ne peuvent être considérées comme absolument nécessaires et comme purement descriptives.

---

1) sur cette question, voir E. Fleury, Les marques de service principalement en droit suisse et en droit américain, thèse Lausanne [illegible].

2) T.A. Lyon 12 janvier [illegible].G.P.1968.[illegible].103.[illegible].Blanstein.[illegible].P.1969.II, [illegible]. [illegible].Plaisant.[illegible].A.[illegible].Beurdeley et Dubolier. P. Mathely Annales [illegible]. Com. [illegible].701. obs. Chavanne.

3) [illegible] Nantes [illegible] Roman, [illegible] sur sa compétence.

Il y a dans leur choix un certain arbitraire qui confère au non choisi un caractère distinctif. Et comme l'ont fait remarquer la plupart des commentateurs, la loi exige simplement le caractère distinctif et non l'originalité.

D'autre part, il est vrai que la référence géographique incluse dans la marque peut désigner une qualité essentielle du service, mais la loi n'interdit l'indication d'une qualité essentielle du service que si elle compose exclusivement la marque. Et surtout indiquer l'origine de la prestation est plus utile que nuisible, dans la mesure où les prestations de services sont fortement localisées. Cette indication permet de laisser coexister des marques semblables dans des régions différentes. Elle permet de remédier à l'inconvénient des marques nationales pour des prestations locales (1).

575. Mais dans un second temps, cette tendance restrictive a été rejetée. Certains tribunaux administratifs (2) et les tribunaux judiciaires (3) avaient adopté une attitude libérale. Le Conseil d'Etat (4) s'est finalement rallié à une conception souple, et il n'a pas vu dans les sigles rejetés par l'administration et les tribunaux administratifs une désignation générique des services. Cette attitude n'implique pas une indulgence de principe qui ajouterait à la loi et pourrait être source d'abus. Mais le Conseil d'Etat admet que le caractère distinctif doit être apprécié différemment selon les secteurs d'activité et que les risques de confusion doivent être envisagés "in concreto" et non "in abstracto".

---

1) Voir infra n° 604 et ss.

2) T.A. Versailles 5 décembre 1968. J.P. 1969. I. [illegible] n.R. Blaustein, admettant la validité de la marque Paris Matériel.

3) T.G.I. Paris [illegible] novembre [illegible] Dall. doc. I.N.P.I. 1969. III. [illegible], admettant la validité de la marque Club familial pour une [illegible] par correspondance d'articles [illegible].

4) C.E. 30 octobre 1970. J.C.P. 1971. II. 16630. [illegible] Perot-Morel reformant Lyon [illegible] Chavanne [illegible].

Cette position [illegible] la seule réaliste. Elle permet de tenir compte [illegible] similitudes des différents aux marques de services, qu'il serait [illegible]. Cette [illegible] cependant [illegible] être [illegible] plus [illegible] pas [illegible] les entre-[illegible] part aux [illegible] industrielles et commerciales. Il en est [illegible] ainsi pour les marques [illegible].

2 <u>Les marques [illegible].</u>

[illegible], l'[illegible] des marques de formes, non contestées pour les produits [illegible] des problèmes pour les services. En outre, le refus du [illegible] prendre en considération les marques sonores désavantage [illegible] entreprises de services.

<u>Les marques de forme.</u>

[illegible], La loi de 1964 consacrant une jurisprudence contestée a admis la [illegible] marques de forme. Le texte nouveau prévoit que constituent [illegible] les formes caractéristiques du produit ou de son [illegible]. Le texte ne prévoit pas de marques de forme pour les [illegible] peut sembler [illegible] que les services, en raison de [illegible] peuvent avoir une forme déterminée, l'argument est [illegible] pour rejeter les marques de formes dans le domaine [illegible] la volonté du législateur de donner à toutes les marques un [illegible] ne permet pas cette interprétation, a priori,

Si le service est "informe", il peut se concrétiser dans une chose nécessaire ou tout au moins utile à sa réalisation (1), chose qui [illegible] pourrait [illegible] comme le [illegible] du service.

Il n'en demeure pas moins que la marque de forme ne pourra [illegible] produit [illegible] service.

775. Or, l'I.N.P.I. a admis la possibilité de déposer des marques de forme pour des services [illegible]. Il s'agissait d'une espèce [illegible] de restauration consistant en la forme originale [illegible] contenant le restaurant (2). Cet immeuble pouvait bien être considéré comme nécessaire à la réalisation du service. Mais il constituait le siège même de l'entreprise. Il était donc un élément de l'entreprise de services, [illegible] l'entreprise [illegible] lui-même. En matière de produits, les entreprises ont aussi des locaux, mais il n'a jamais été soutenu que la forme de ces locaux [illegible] faire l'objet d'une marque de produits. Il n'est pas certain qu'il y ait des raisons majeures d'admettre pour les services une solution [illegible] pour les produits. Dans toute [illegible] en matière de services le lien entre [illegible] taire et prestation est beaucoup plus fort que pour les produits [illegible] admettre une telle solution [illegible] services. La marque protégerait l'entreprise et plus le service, [illegible] tendance est certes permanente en ce domaine, mais la solution de l'I.N.P.I. aboutissait [illegible] Tribunal [illegible] (3). Le Tribunal, puis la Cour d'appel de [illegible] cette marque. La Cour de cassation [illegible] cette solution (4).

1) [illegible]
2) [illegible]
3) T.G.I. Besançon 29 avril 1966 et C.A. Besançon 5 juin 1970. Bull. doc. [illegible]
4) Cass. com. 29 février 1972. [illegible]

579. Les magistrats ont considéré qu'admettre la validité d'une telle marque permettrait à un particulier de s'approprier pour un temps illimité une forme appartenant au domaine public ou susceptible d'y tomber, alors que l'originalité invoquée par le déposant consistait en fait en l'originalité d'une oeuvre architecturale régie par le droit de la propriété artistique et non par le droit des marques.

Cet argument est assez convaincant, même s'il n'est pas exprimé très clairement par les juridictions du fond. Un commerçant peut sans doute utiliser une oeuvre d'art comme élément de sa marque, dans la mesure où il obtient le droit de reproduire cette oeuvre. Mais le droit à la marque ne doit pas être un moyen de porter atteinte aux règles de la propriété artistique et au droit d'auteur (1). Or, en faisant de l'oeuvre elle-même sa marque, le commerçant aboutissait à soumettre les conditions de reproduction de l'oeuvre au droit des marques, alors que ces conditions doivent être régies exclusivement par les règles sur la propriété artistique. Cette solution aboutissait à interdire la construction de tout immeuble inspiré des mêmes conceptions architecturales, alors que ce droit n'appartient qu'à l'auteur de l'oeuvre d'art et doit s'exercer dans les conditions imposées par le droit de la propriété artistique qui sont différentes des règles concernant la contrefaçon des marques.

La solution jurisprudentielle doit donc être approuvée. Elle ne défavorise pas les prestataires de services, mais les soumet au droit commun.

De même, l'exclusion en matière de services, des marques sonores est-elle une simple application du droit commun des marques. Elle apporte cependant une gêne beaucoup plus grande pour les prestataires de services que pour les industriels ou les distributeurs.

---

(1) Voir cependant contra Bastian, art. précité. Dusolier art. précité.

2. Les marques sonores.

580. La protection de signes purement auditifs n'a pas été envisagée par la loi nouvelle, pas plus qu'elle n'était organisée dans le droit antérieur. Bien que le rugissement du lion de la "Metro Goldwyn Mayer" refuse à l'enregistrement comme trade mark cinématographique, soit toujours cité [1], les marques sonores n'ont pas grand intérêt en matière de produits.

Le législateur de 1964, essentiellement préoccupé des marques de produits n'a pas songé, semble-t-il que les marques sonores présentaient d'importants intérêts pour les prestataires de services.

En effet, en matière de services, le lien entre la prestation et le signe l'identifiant est souvent tenu et le support matériel peut même faire complètement défaut. Il n'y a alors aucune raison de refuser des marques sonores, ce moyen d'identification pouvant dans certains cas "coller" beaucoup mieux à la prestation qu'un signe figuratif. Les services culturels en offrent de nombreux exemples : émissions de radio, pièces de théâtre, etc... La nécessité d'une forme distinctive ayant disparu, pour les noms géographiques et patronymiques, il n'est plus possible pour rejeter les marques sonores d'arguer de la nécessité d'une matérialisation du signe sonore.

581. Rien ne justifie donc cette exclusion. Les techniques audiovisuelles modernes permettent en particulier d'enregistrer des signes aussi facilement que les signes traditionnels. Dans ces conditions, l'oubli du législateur devrait sans doute être assez facilement réparé, au moins si les prestataires de services en éprouvent le besoin.

---

[1] [illegible] Ferrot-Morel art. précité n° [illegible].

Ces particularismes ne suppriment pas le principe de l'identité de régime entre marques de produits et services. Ils entraînent seulement certains assouplissements, qui risquent cependant d'augmenter les risques de confusion et de porter atteinte au principe de spécialité.

B. Le problème de la spécialité des marques.

582. Le droit des marques ne protège pas les signes en soi. Il ne les protège que par rapport aux autres signes dans la mesure où il existe un risque de confusion entre eux. En dehors de ce risque, des marques identiques peuvent coexister.

Or, en matière de produits, la jurisprudence française avait tendance à adopter une interprétation restrictive n'admettant la similarité des produits que lorsque leur nature intrinsèque était très proche. Son attitude n'était plus libérale que lorsque (1) la marque à protéger bénéficiait d'une grande notoriété. La question se pose de savoir si cette jurisprudence sera maintenue pour les services alors que les risques de confusion peuvent apparaître plus grands en raison de la relative imprécision des supports de la marque.

Les marques de services créent aussi une seconde difficulté [illegible] savoir si une similarité est possible entre marques de service et [illegible] produits.

---

(1) [illegible] Paris 7 novembre 1958. J.C.P.1958.II.10862., biscuits [illegible] biscottes [illegible].

a) [illegible]

[illegible]. Il semble que la similarité [illegible] être [illegible] plus [illegible] qu'en matière de produits.

En effet, il est plus malaisé d'avoir une conception de la similarité purement objective. Les tribunaux semblent avoir pris conscience de ce problème. La Cour d'Appel de Paris [1] a [illegible] que [illegible] et la [illegible] de [illegible] pour [illegible] connexe avec [illegible] de reportage. [illegible] solution, [illegible] une recherche du concret et [illegible] d'attention moyenne [illegible] consommateur [illegible] Les tribunaux [illegible] ces services.

Cette souplesse ne sera guère freinée par la classification [illegible] du décret du 27 juillet 1965. Même en admettant la portée [illegible] de cette classification, les [illegible] termes [illegible] sont suffisamment [illegible] pour ne pas gêner le pouvoir d'appréciation des tribunaux.

Si le problème de la similitude ne pose pas de [illegible] graves lorsqu'il s'agit [illegible] de services [illegible], il en va autrement lorsqu'il [illegible] service peut prêter son nom à un produit ou inversement.

---

[1] Paris, [illegible] 1968 [illegible].

b/ Marques de services et marques de produits.

584. Cette question ne pose pas seulement un problème d'application pratique et d'interprétation, mais pose aussi un problème théorique. Il s'agit de savoir en définitive si ces deux types de marque ont une nature identique ou non.

Pour certains auteurs, il ne peut y avoir confusion entre une marque de service et une marque de produit, ces deux activités étant fondamentalement différentes. Admettre la solution contraire serait porter atteinte au principe de spécialité qui tient sa raison d'être de la liberté du commerce et de l'industrie. Il ne s'agit plus alors d'un simple problème d'interprétation, et les solutions connues en matière de produits ne peuvent être utilisées (1). Une éventuelle confusion ne pourrait être évitée qu'en faisant intervenir la notion de concurrence déloyale.

Cependant, la majorité de la doctrine (2) ne suit pas cette opinion. Il faut en effet remarquer que la loi de 1964 pousse très loin l'assimilation entre les différentes marques. Il n'y a donc à priori aucune raison de ne pas admettre la possibilité de confusion entre services et produits. Il n'est pas certain en outre que le principe de spécialité soit plus violé que lorsqu'on admet la similitude de deux marques portant sur des produits différents.

---

(1) Voir notamment R. Plaisant. La réforme du droit des marques de fabrique J.C.P. 1966.I.1970. nº 6, jurisclasseur Marques. fasc. 12 nº 100 ; fasc. 8 nº 15.

(2) R. Dubolier. La Marque de service. ...I.P.I.A. 1965.181. M.A. Pepin-Morel art. précité p. 422 et s. nº 24 et s.

Il est probable cependant que les produits de cette nature et produits seront moins fréquentes qu'entre produits ou qu'entre services. Mais ce risque existe et il est facile d'en trouver des exemples : produits de teinture et services de teinturerie, articles menagers et services d'entretien de ces articles, fabrication de serviettes et services de location de linge, etc...

285. Les premières décisions judiciaires vont très nettement dans ce sens. Dans un arrêt rendu le 2ème mars 1966, la Cour de Paris a jugé que la marque Publi-Maton, déposée comme marque de produits, puis après 1964, comme marque de service recouvrant les materiels d'une agence de publicité était la contrefaçon de la marque Paris Maton, marque d'un periodique.

La Cour affirme que la marque Paris Match couvre aussi bien la régie de publicité du périodique que le périodique lui-même, et les juges admettent clairement qu'il y a risque de confusion entre cette régie de publicité et l'entreprise de conseil en publicité exploitante de la marque Publi-Maton. Il va de soi pour la Cour que le risque de confusion n'est possible entre produits et services. Elle l'affirme dans un attendu de principe : "Considérant que la loi nouvelle du 31 décembre 1964 - 23 juin 1965 ayant institué... la protection des marques de services, il n'est désormais plus possible d'utiliser pour des produits, les marques déposées pour des services, ou vice-versa, dans la mesure où ces produits et services comportent des similitudes, pouvant être attribuées à la même origine".

---

(1) Paris 2ème mars 1966. Annales 1966.141 n. Desolliers.

La concision de la formule est remarquable. Et il est intéressant de noter l'[illegible] que choisit la cour pour admettre la similarité. Il ne s'agit pas d'examiner [illegible] les caractéristiques objectives des produits, mais de rechercher si l'origine des prestations et des produits peut apparaître comme commune. La technique employée est celle que les juges utilisaient pour les marques de notoriété.

586. Les Tribunaux inférieurs - la Cour de Cassation ne s'est pas encore prononcée - adoptent en général la même attitude.

C'est ainsi que le tribunal de Paris (1) a admis que la marque Appel Secrétariat concernant des meubles de bureau, constituait la contrefaçon de la marque Appel-Bureau, concernant une entreprise de travail temporaire.

De même, la Cour de Nancy (2) a-t-elle admis que la marque [illegible] concernant une entreprise d'installation de chauffage était une usurpation illicite de la marque Calor concernant des appareils de chauffage.

Dans le cas de la marque Calor, il s'agissait d'une marque de [illegible] indiscutable, ce qui peut justifier la solution extensive. Mais [illegible] tranché par le Tribunal de Paris, la situation est beaucoup plus [illegible] produits et les services en cause n'étaient pas de grande [illegible] étaient assez nettement [illegible]. Mais ils appartenaient [illegible] des secteurs d'activités complémentaires qui pouvaient naturel-[illegible] par une seule entreprise.

---

(1) [illegible] janvier 1970. Bull. [illegible] I.N.P.I. 1970.III.161.
(2) [illegible] février 1972.J.C.P.1972.IV.[illegible].D.1972.som.137.

Il ressort de cette étude que l'originalité des prestations [illegible] services a une importance considérable dans le régime des [illegible] services. Plutôt que la protection, c'est en définitive le prestataire [illegible] qui se trouve protégé.

Sous-section II. Marques de prestataires de services.

467. Le service en [illegible] de son caractère abstrait ne peut constituer [illegible] la forme, les limites du droit [illegible] de la [illegible]. Les supports sont souvent, [illegible] les éléments matériels constitutifs de l'entreprise.

Une autre particularité des services tend à leur caractère, le service est souvent indissociable du prestataire [illegible] va souvent s'identifier directement le prestataire de services. Cependant, on [illegible] le rôle des marques de services [illegible], il faut voir alors quelle est l'étendue de la protection offerte par la marque de services.

§ I. La protection de l'entreprise.
§ II. L'étendue de cette protection.

§ I. La protection de l'entreprise.

468. Il est [illegible] admis que [illegible] l'entreprise [illegible] par le nom commercial et l'enseigne. La protection [illegible] [illegible] l'action en [illegible] déloyale.

Une entreprise ne peut avoir qu'un nom commercial. Au contraire, elle peut être titulaire de plusieurs marques, celles-ci identifiant les produits ou les services, et non le producteur ou le distributeur.

L'intérêt essentiel du droit des marques est d'accorder une protection renforcée. Cette protection est accordée tant dans l'intérêt des commerçants (fonction publicitaire) que des consommateurs (fonction d'identification).

Or, pour les marques de services, il apparaît que les supports des marques sont souvent les éléments même de l'entreprise. Il devient alors très difficile de distinguer entre marque et nom commercial.

A. Le support de la marque.

589. Le caractère original du support des marques de services apparaît à l'examen des différents supports possibles. Dans les marques de formes les limites du rôle que la marque peut jouer, sont atteints.

a) Les supports possibles des marques de services.

590. La marque doit s'appuyer sur des éléments matériels durables. Dans la mesure où le service n'a de permanence ni dans l'espace, ni dans le temps, le titulaire de la marque sera obligé d'utiliser les seuls éléments permanents à sa disposition : les facteurs matériels de l'entreprise elle-même.

La conséquence en est une dissociation entre marque et service. Pour combler cette lacune, le propriétaire de la marque devra lui donner un caractère explicatif, permettant l'identification de la prestation. La fonction des marques de services apparaît pleinement. Recouvrant l'entreprise, la marque donnera une certaine matérialité au service.

Les éléments les plus durables, à la disposition du prestataire sont naturellement les bâtiments sièges de l'entreprise.

De même, les papiers d'affaires - courrier, enveloppes, documents publicitaires - sont utilisés.

Lorsque l'entreprise exploite un matériel nécessaire à la prestation, et en contact avec le public, ce matériel peut servir de support à la marque. Le procédé était fréquemment utilisé, avant 1964, par les entreprises de services pour bénéficier de la législation sur les marques. Les véhicules d'une compagnie de transports, ou le matériel loué d'une entreprise de location de matériel, portent ainsi une marque, que l'on est tenté de nommer la marque de l'entreprise.

L'ensemble des moyens de production d'une entreprise servent en définitive de supports aux marques de services. Tous ces éléments sont à la source de la prestation. Il est alors loisible de dire que la marque identifie l'entreprise.

Ce caractère de marques de services apparaît pleinement avec les marques de formes.

b. Les [illegible] des marques de forme.

[illegible]. Les tribunaux refusent [illegible] forme d'un immeuble une marque de service valable [illegible].

La prétention des déposants est cependant significative du problème posé par les marques de services. D'une part, les raisons qui ont motivé la décision des juges ne tiennent pas au fait que la marque désigne l'entreprise directement. D'autre part, il n'est pas contesté que la reproduction de la forme pourrait constituer une marque valable et être apposée sur le bâtiment (2). Or, au regard du problème posé ici, il n'est pas très différent d'identifier l'entreprise par la forme même de l'immeuble ou par l'opposition d'une emblème originale sur cet immeuble. Dans les deux cas, la marque identifie directement le siège de l'entreprise. Dans le cas de la marque de forme - déclarée non valable en raison de l'interférence des règles de la propriété artistique - la marque faisait corps de manière indissociable avec le cadre matériel nécessaire à l'activité de service ou le produit fourni, mais la forme originale du local avait pour effet essentiel de faire ressortir l'entreprise elle-même. Il est vrai que les services étant rendus dans le cadre même du local, le public pouvait aussi identifier le service [illegible]. [illegible] pas moins qu'il existe une tendance de la part [illegible] de marques à chercher à identifier directement le prestataire. [illegible] qui pour des raisons de prestige donnent à leurs [illegible] présentation originale, gigantesque ou esthétique, veulent [illegible] le goût ou la puissance de la firme et ne cherchent pas [illegible] les produits ou les services fournis.

[illegible] et ss.

[illegible] p. [illegible] et ss.

Le "[illegible]" [illegible] il concerne autant les immeubles [illegible] les meubles.

[illegible]. Cette tendance n'est donc [illegible] Mais pour [illegible] de service [illegible] public. [illegible] même espace. La marque [illegible] l'entreprise.

Et les tribunaux semblent admettre ce nouveau rôle [illegible] de services. Il est à cet égard significatif que les tribunaux [illegible] utilisé cet argument pour rejeter la possibilité de constituer [illegible] valable avec la seule forme d'un immeuble.

Mais dans la [illegible] la marque [illegible] l'entreprise, [illegible] avec l'enseigne [illegible].

B. Marque et nom commercial.

[illegible]. Traditionnellement le nom commercial se [illegible] nature et par son régime [illegible].

[illegible]

Or, très souvent les signes utilisés comme nom commercial sont déposés comme marques de services. Les marques sont apposées sur les éléments matériels de l'entreprise de la même manière que le nom commercial ou l'enseigne (façade, papier à correspondance, factures, etc...). Cette pratique a incité certains auteurs (1) à refuser d'admettre que ces signes constituaient des marques valables. Car cette conception aurait pour conséquence de priver de très nombreuses entreprises de services - souvent les plus importantes - du droit aux marques. Elle est en conséquence difficilement admissible.

Il n'en demeure pas moins que les deux notions sont très proches, au point que de nombreuses entreprises de services n'utilisent qu'une seule marque qui désigne l'ensemble de leurs prestations. C'est notamment le cas des banques, des compagnies d'assurances, des hôtels restaurants.

584. Cette confusion est en fait inévitable. Les auteurs (2), qu'ils soient favorables ou non aux marques de services reconnaissent qu'elles ont d'abord pour but de faire ressortir l'origine de la prestation.

Deux éléments renforcent cette tendance. D'une part le lien entre prestataire et prestation est beaucoup plus étroit en matière de services qu'en matière de produits, car ces derniers peuvent circuler indépendamment de leur fabricant. Aussi le service est-il naturellement désigné par le nom du prestataire. D'autre part, la prestation n'est

---

(1) J.E. Mascarenas, art. précité.
(2) Voir dans E. Fleury, thèse précitée, p. 84 et s. le débat entre Spoendlin et Blum.

identifiable que pendant son accomplissement. Le seul moyen d'en garder un souvenir est d'apposer les choses qui ont servi à sa réalisation : le nom ou le signe du prestataire. Le but de la marque de service est essentiellement publicitaire ; il est de faire connaître le prestataire.

595. Cette difficulté de distinguer marque de service et nom commercial est apparue dès lespremières décisions des tribunaux.

Lorsque le tribunal administratif de Lyon (1) approuva le refus d'enregistrement de la marque "Société Lyonnaise de Dépôts et de Crédit Industriel", il a considéré que ce sigle avait un caractère générique et purement descriptif et que la société ne pouvait prétendre que l'usage antérieur lui avait conféré une certaine originalité car cet usage portait sur le nom commercial.

La plupart des commentateurs se sont élevés contre cette interprétation. Pour eux, les marques de services n'ont pas été créées par la loi de 1964, mais elles existaient antérieurement et la loi leur a seulement reconnu une protection spécifique. L'usage à titre de marque antérieur à 1964 pouvait donc être pris en considération. Mais il reste à distinguer l'usage à titre de marque de celui à titre de nom commercial.

Pour Monsieur Mathely (2), la distinction est assez simple. L'usage à titre de marque concerne les services, l'usage à titre de nom concerne l'établissement. Mais il doit reconnaître que lorsque le service ne peut exister en dehors du prestataire, les deux usages se confondent.

---

(1) T.A. Lyon. 12 janvier 1968. précité.
(2) P. Mathely. Annales 1968 p. 101 et s.

Mais pour lui cette conclusion n'est pas trop gênante car marque et nom ont la même nature juridique [illegible] critères.

D'autres auteurs [illegible], conscients du fait que cette conception revient à faire de la marque un signe identifiant l'entreprise ont essayé de distinguer plus radicalement les deux sortes d'usage. C'est ainsi que Madame M.A. Perot-Morel, si elle reconnaît la difficulté de les distinguer par leur objet, constate que ces deux notions ont un régime juridique différent. Elle en déduit que l'usage a une signification différente dans les deux cas, et que donc les deux concepts sont d'une nature différente.

Mais il est impossible de définir un concept par son régime juridique, alors que ce dernier dépend justement de la définition choisie. C'est pourquoi le critère de distinction choisi par cet auteur est inapplicable.

Pour Madame Perot-Morel, la différence essentielle entre les deux notions est l'étendue de la protection accordée, conséquence de la différence d'objet. Alors que la protection de la marque s'étend sur tout le territoire, la protection du nom commercial peut avoir un domaine plus [illegible]. Mais choisir ce critère consiste justement à prendre une [illegible] une cause. Cette solution aboutirait à refuser l'enre- [illegible] signes déposés par les entreprises ayant une notoriété [illegible] il ne faudrait pas leur accorder une [illegible].

[illegible] J.C.P. [illegible] sous [illegible] Lyon [illegible] janvier [illegible], [illegible] M.A. Perot-Morel. Les marques de services, art. précité [illegible] et J.C.P. [illegible] sous [illegible] octobre [illegible].

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Marque et nom commercial, en [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Le nom commercial apparaît comme le [illegible]

[illegible]

La reconnaissance de marques de services aboutit indiscutablement à améliorer la protection des entreprises. Mais il faut maintenant déterminer l'étendue de cette protection.

§ II. L'étendue de la protection.

597. Cette question recouvre deux problèmes.

Le premier concerne les bénéficiaires de cette protection. Il s'agit de savoir si seules les entreprises peuvent être titulaires de marques de services ou non.

Le second concerne le domaine territorial de la protection accordée.

A. Les titulaires de marques de services.

598. Avant 1964, la question ne se posait pas. Il était admis que n'importe qui pouvait être titulaire d'une marque, même s'il ne pouvait pas l'exploiter. Mais l'admission des marques de services conduit à reposer le problème. En effet, il peut être opportun de réserver aux commerçants le droit aux marques de services, de nombreux services étant fournis par des professions qui ne semblent pas pouvoir être titulaires de marques.

En outre, la terminologie de la loi de 1964 semble réserver le bénéfice des marques aux entreprises.

Ces deux aspects du problème se recoupent dans une large mesure, mais ils ne peuvent être confondus en raison de l'imprécision qui règne en droit français sur la notion d'entreprise (1).

2 Marques de services et commercialité.

[illegible]. Il est admis qu'il n'est pas nécessaire d'être commerçant pour être propriétaire ou pour exploiter des marques de produits. Les applications de ce principe sont fréquentes et concernent notamment les agriculteurs ou les artisans.

Mais la situation est différente pour les prestations de services, en raison de l'objet de nombreux services qui sont souvent rendus sans but lucratif. La protection de ces marques par le biais de la concurrence déloyale avant 1964 conduisait à la réserver aux commerçants (2). Mais la loi de 1964 a profondément modifié les termes du problème.

A priori, limiter le droit des marques de services aux commerçants introduirait une discrimination entre produits et services, non prévue par la loi, et contraire à son esprit (3).

Cependant, de nombreux services sont fournis par des associations à but non lucratif ou par des professions libérales, qui si elles ont un but lucratif n'ont pas le droit de faire de publicité (4),

---

1) Voir infra n° [illegible] et [illegible].
2) M.A.Perot-Morel art. précité p. [illegible] et [illegible], n° [illegible] et [illegible].
3) M.A.Perot-Morel art. précité p. [illegible] et [illegible], n° [illegible] et [illegible].
4) Voir E. Fleury, thèse précitée p. [illegible] et C.L. [illegible] art. précité.

2. Les professions libérales.

601. Ce problème est propre aux marques de services, les professions libérales n'ayant guère [illegible] de la nature [illegible] activités.

La loi de 1964 est [illegible] professionnels [illegible] d'être titulaires [illegible] services. [illegible] auteurs [illegible] se sont montrés favorables à l'admission des marques de services pour [illegible] activités.

[illegible] de cette solution. [illegible] éventuellement être titulaires de marques. [illegible] la plupart des activités traditionnelles. En effet, [illegible] peuvent faire de publicité. Or les marques et tout particulièrement les marques de service ont un rôle publicitaire important. En outre, le lien entre prestataire et prestation est si étroit dans ces professions, que la marque en tant que moyen d'identification est inutile. Le simple nom du professionnel assure parfaitement ce rôle. La marque n'assumerait donc qu'un rôle publicitaire. Il en résulterait une [illegible]

[illegible]

Un autre argument d'ordre général renforce ce refus d'introduire les marques de services dans les professions libérales réglementées. Ces professions exercent des tâches de services publics. De nombreuses règles de morale professionnelle découlent de ce caractère, qui justifie notamment l'indépendance et le refus de toute fonctionnarisation. L'exploitation de marques de services serait alors contraire à la vocation affirmée de ces professionnels.

602. Mais lorsque ces différents caractères ne se retrouvent pas, il n'y a pas de raison de réserver aux professions commerciales le droit d'exploiter des marques de services. Ce n'est pas la non commercialité qui en exclue les associations et les professions libérales, mais les vocations particulières de ces activités - but non lucratif, vocation de service public.

Cependant, s'il n'est pas nécessaire d'exiger le caractère commercial, il convient peut être d'exiger l'existence d'une véritable entreprise, comme condition d'exploitation des marques de services.

b) Marques de services et entreprise.

603. La loi du [illegible] semble lier marques et entreprises en déclarant que les marques sont "des signes servant à distinguer des produits ou le service d'une entreprise quelconque".

Il peut être tentant d'adopter une interprétation littérale de ce texte, d'autant plus que les marques sont normalement exploitées par des entreprises. En outre, les marques de services se rapportent en fait directement à l'entreprise. Une telle interprétation n'est cependant pas [illegible]. D'une part ce concept est trop imprécis en droit positif pour

servir de critère général. D'autre part, cette condition porterait atteinte au principe d'indépendance quant à la personne et au principe de libre cessibilité [...].

L'intérêt de la notion n'apparaît pas en outre évident, dans la mesure où d'autres concepts juridiques, tel lucratif, commerçant [3], semblent à résoudre les problèmes qui peuvent se poser dans la détermination des titulaires ou des exploitants des marques.

La notion d'entreprise pourrait éventuellement présenter une utilité pour limiter l'usage des marques par les entrepreneurs dont les activités sont exclusivement locales, mais les imprécisions et les divergences relatives à cette notion [4], semblent toute tentative de cette nature illusoire. Il n'en demeure pas moins que le problème de territorialité peut en matière de marques de services se révéler gênant-contre.

B. Le problème de la territorialité des marques [5].

604. Monopole octroyé par l'Etat, la marque bénéficie d'une protection sur l'ensemble du territoire national.

Or, en matière de services, ce principe peut aboutir à limiter la concurrence de manière abusive. De nombreuses entreprises de service n'ont qu'un rayon d'activité limité.

---

(1) Voir infra nº 744 et ss.
(2) R. Plaisant, jurisclasseur commercial Vº marques, fasc. 3 nº 2
(3) Voir supra nº 598 et ss.
(4) Voir infra nº 614 et ss.
(5) Ce problème ne sera étudié qu'en droit interne, les problèmes de territorialité en droit international ne soulevant pas de questions propres aux services et retournant trop largement le cadre de cette étude.

Ce particularisme tient à des éléments [illegible] et [illegible].

Les prestations de [illegible] sont [illegible] [illegible]. [illegible] Les [illegible] dans un domaine relativement étroit autour du prestataire (1). Au contraire, les possibilités de circulation des produits sont théoriquement illimitées.

En outre, le développement des services est plus limité que [illegible] industrielles. Dans de nombreux secteurs, la [illegible] des entreprises de services est à peine [illegible]. Dans [illegible] services, les entreprises artisanales sont encore [illegible]. Cette situation explique ainsi le [illegible] des services, en particulier dans les secteurs dits traditionnels : réparations, teinturerie, hôtels, restaurants, etc... .

[illegible], mais ces particularismes ne doivent pas être exagérés.

D'une part le secteur des services connaît une [illegible] à la concentration de ces [illegible]. [illegible] entreprises de services [illegible] pas [illegible].

---

(1) [illegible]

Conclusion de la 1ère partie.

[illegible]. L'utilisation par les prestataires de services de marques a nécessairement donné une signification nouvelle à ces biens, en assurant une certaine patrimonialisation des services et en renforçant la protection de l'entreprise prestataire.

Ce phénomène n'est pas propre aux marques de services. Il est apparu dans l'ensemble de l'étude des relations juridiques ayant pour objet la fourniture de services. La naissance d'obligations nouvelles, ou la transformation et le renforcement des obligations traditionnelles, sont les caractéristiques essentielles de ces rapports juridiques.

[illegible]. Un autre phénomène est aussi apparu avec évidence. Les services, émanant de professionnels, ne sont pas seulement un facteur de complexification ou de standardisation des obligations juridiques. Ils sont devenus un domaine et une méthode de collaboration et de groupement inter-entreprises. Le développement des services s'insère très étroitement dans l'évolution des structures industrielles [illegible].

Il en résulte une double conséquence. Les relations de services ne sont plus isolées. Elles ne constituent plus seulement des droits, mais deviennent du Droit. Cette évolution ne peut laisser le législateur et l'autorité politique indifférents. Les prestataires et les prestations de service supportent nécessairement une réglementation parfois étroite. Ainsi à côté, ou au delà des relations juridiques des entreprises prestataires de services, s'élaborent les règles juridiques de ces entreprises.

[illegible] D.A.[illegible]A.[illegible], [illegible] à la société tertiaire, [illegible]

DEUXIEME PARTIE. LES REGLES JURIDIQUES DES ENTREPRISES PRESTATAIRES DE SERVICE.

608. Ces regles peuvent émaner de divers organes. Elles seront parfois le produit exclusif des pratiques de certains sujets de Droit constitués en véritables pouvoirs privés (1). Elles auront souvent pour origine directe une loi ou un règlement. Cette derniere hypothese peut recouvrir des situations tres differentes.

Dans certains cas la loi naît à la demande des intéressés non pour réglementer leur activité mais pour leur offrir un nouvel instrument juridique. Un bon exemple en est fourni par le Droit des Marques. Le législateur est intervenu, à la demande réitérée des entreprises de services pour créer une nouvelle categorie de marques de services. Ce rôle correspond à la fonction liberale et traditionnelle du législateur (2).

---

1. [illegible] notion voir Farjat, Droit Economique, op cité p.119. Sur l'apparition de ces pouvoirs dans le secteur des services voir supra n° [illegible].

2. Ce [illegible] est encore plus remarquable lorsque la loi, bien qu'ayant formellement une portée generale est votée à la demande et au profit d'un seul sujet de droit. Un exemple saisissant en est fourni par la loi du 1er juillet 1957, privant de tout effet (?) la nationalisation par l'Egypte du Canal de Suez, et ayant pour objet de permettre la survie de la Compagnie Universelle de Suez (cf. T.Co. Seine 22 juin 1959 J.Soc. 1959, 193, n. Lecompte). Dans le même sens voir l'article 35 de la loi de finances rectificative n° 70, 1283 du 31 decembre 1970, permettant à la Compagnie de Suez d'absorber une société d'investissement.

Dans d'autres cas la loi a pour objet ou pour effet de limiter les droits des assujettis. Cette fonction interventionniste a toujours existé mais s'est considérablement développée (1). Il est manifeste qu'un secteur aussi important que les services employant en 1970 17,5% de la population active (2) ne pouvait y échapper (3).

Ainsi une nouvelle distinction se superpose-t-elle à la distinction traditionnelle entre les sources étatiques et les sources non étatiques. Il existe des règles qui ont leur origine directe ou indirecte dans les besoins des praticiens et qui traduisent leur volonté. Elles sont en quelque sorte créées, au moins partiellement par les entreprises.

D'autres au contraire leur sont imposées. Les entreprises sont alors soumises à une réglementation uniforme. Cette distinction est souvent utilisée par les juristes qui parlent parfois d'autonomie et d'hétéronomie (4).

609. Le concept d'autonomie est fréquemment utilisé en Droit international privé dans un sens assez proche de celui donné plus haut. Une partie importante de la doctrine considére, en effet, qu'il existe un Droit autonome du commerce international (5).

---

(1) Sur cette question cf. M. Vasseur. Les réformes des structures industrielles et des économies régionales L.G.D.J. 1959. Les aspects de l'économie concertée et contractuelle R.T.D.Civ. 1964, [illegible] Droit économique p. 176 et s. adde. M. Fleuriet. Les techniques de l'économie concertée Sirey 1974.

(2) D.A.T.A.R. Questions à la Société Tertiaire, in travaux et recherches de prospective doc. Fse nº 45 nov. 1973 p. 26.

(3) idem. voir l'avant-propos de M. J. Monod nº 778 et ss.

(4) v. par ex. G. Lyon Caen, Anomie, autonomie et hétéronomie en Droit du Travail, in mélanges en l'honneur de Paul Horion, Fac. droit Liège 1972.p. 172.

(5) cf. B. Goldman, le Droit des Sociétés internationales Clunet [illegible] et surtout Lex Mercatoria et frontières du Droit, arche phil. dt. [illegible] 1964.177. adde Droit du Commerce International Cours de doctorat polycopié 1970.71.

Il existerait un corps de règles créées par les sujets de droit international et dégagées des contraintes légales internes. Le recours à l'autonomie est aussi très utilisé en Droit du Travail (1). Les règles autonomes désignent le Droit négocié ou accepté par les partenaires sociaux et plus particulièrement le Droit né des conventions collectives. Les règles "hétéronomes" sont celles qui sont imposées par un tiers, l'Etat.

Malgré certaines divergences selon les matières et les auteurs, la distinction entre autonomie et hétéronomie peut donc être présentée comme un phénomène général du Droit contemporain. La croissance de nombreux groupes intermédiaires entre l'individu et l'Etat a permis le développement de pouvoirs autonomes créateurs de véritables normes juridiques . Mais la présentation faite par la doctrine de cette situation contient de fréquentes ambiguités.

610. La terminologie employée d'origine Kantienne donne à penser que l'autonomie doit naturellement être privilégiée. D'un côté existerait la liberté, de l'autre la contrainte. Le mot même d'hétéronomie implique l'existence d'un corps étranger dont l'élimination est nécessaire. Cette exaltation d'un droit né de l'accord unanime des volontés aboutit à faire de certaines personnes privées,des sources de Droit concurrentes de l'Etat et libres de s'affranchir de sa tutelle (2). Cette attitude suppose l'affirmation d'un postulat contestable, à savoir les règles autonomes seraient toujours d'origine conventionnelle et représenteraient l'accord de groupes équilibrés, et égaux.

---

(1) G. Lyon Caen, Anomie, autonomie et hétéronomie en Droit du Travail, art. précité. J.C. Javillier, Recherche sur les conflits collectifs thèse Paris I 1973 p. 24 et s. et p. 699 ets.

(2) cf. G. Lyon Caen, Anomie, autonomie et hétéronomie en Droit du Travail art. précité ; B. Goldman, Lex Mercatoria et frontières du Droit, art. précité.

Cette origine consensuelle est présentée selon les cas comme appartenant par nature à ce type de règle (1) ou comme une condition de l'autonomie (2). Certains traits actuels de ces règles permettent de mieux comprendre l'optimisme des auteurs. En Droit du travail notamment le Droit autonome apparaît sinon comme un "contre-Droit" du moins comme un autre Droit (3). Il est un instrument de promotion de l'activité syndicale et constitue un moyen permettant aux salariés d'accéder au pouvoir normatif. Il est certain qu'en l'état des rapports sociaux ces règles ne peuvent être que conventionnelles, aucune catégorie sociale n'ayant les moyens d'imposer une élaboration purement unilatérale. Mais l'erreur est de croire que ce caractère représente l'essence du phénomène alors qu'il n'est qu'accidentel.

611. Les normes autonomes traduisent l'existence de pouvoirs intermédiaires (4). L'accord n'est pas toujours une condition d'existence de ces règles. Pour être plus précis, il faut distinguer l'acte collectif des contrats individuels. L'acte collectif (5) est souvent un moyen pour créer une règle générale et permanente. Les contrats type élaborés sous l'égide de groupements professionnels, les incoterms en droit commercial international (6) ou les conventions collectives présentent ces caractéristiques. Ces accords collectifs sont nécessairement complétés par des contrats individuels permettant leur mise en oeuvre.

---

(1) cf. B. Goldman, Lex mercatoria et frontières du Droit précité. L'auteur reconnaît cependant l'existence d'inégalités même dans la Société commerciale internationale.

(2) G. Lyon-Caen, art. précité. Cet auteur considère que la législation du travail et l'autonomie de la volonté, avant l'apparition d'un Droit protecteur, appartenaient au domaine de l'hétéronomie.

(3) cf. M. et R. Weyl. La part du Droit dans la réalité et dans l'actuel. Ed. sociale 1968 p. 101 et s. Les auteurs, analysant ce qu'ils appellent "un Droit d'Intérêt démocratique et populaire" y voient une "sorte de violation du système juridique du Capitalisme."

(4) Comp. Planiol, Traité élémentaire I. nº 700 p. 271.

(5) Sur le caractère normatif des actes collectifs cf. G. Roujon de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif. L.G.D.J. 1961 p. 489 et s.

(6) Eisemann, Rep. Dr. Int. I Vº Chambre de Commerce Internationale nº 60 et ss. Loussouarn et Bredin, Droit du Commerce international Sirey 1969 nº 36 et 564.

Les conventions d'application sont nécessaires pour imposer aux tiers la règle générale qu'elle soit d'origine collective ou unilatérale [1].

Si ces derniers contrats sont nécessaires, il n'en est pas de même pour l'acte collectif dont l'existence dépend essentiellement de la puissance économique ou sociale des groupes intermédiaires. Une seule entreprise peut parfaitement élaborer des règles qu'elle arrivera à imposer de manière unilatérale.

Ces divergences d'analyse sont importantes par elles ont une incidence directe sur les rapports entre les normes autonomes et les normes hétéronomes. La conception idéaliste de l'autonomie conduit à admettre que les partenaires économiques ou sociaux peuvent exercer leur pouvoir normatif en dehors des cadres juridiques étatiques et même à leur encontre, que ce soit pour édicter des règles ou pour imaginer des sanctions originales [2]. Cette analyse ne peut être acceptée. Les règles d'origine privée sont nécessairement subordonnée à la loi [3]. Il est vrai que dans de nombreuses situations, le législateur n'a pas la possibilité d'imposer sa prééminence. Cette impuissance ne suffit pas à renverser la hiérarchie des normes. L'existence d'un Droit autonome est tolérée et parfois même encouragée par la puissance Publique, mais elle en est juridiquement dépendante.

---

1) L'application de ces conventions, en Droit du Travail est sans doute favorable à ceux à qui elle s'impose, alors que cette situation est beaucoup plus exceptionnelle dans les rapports entre producteurs et consommateurs. Il est certain que ce caractère bénéfique confère une certaine "légitimité" aux normes nées des conventions collectives, mais il n'en change pas la nature.
De même si à l'heure actuelle, les entreprises imposent souvent unilatéralement leur volonté à leurs clients, il n'est pas impossible que le développement des organisations de consommateurs leur permette de négocier d'égal à égal des contrats type avec les producteurs. La nature des normes imposées aux individus par le biais des contrats d'adhésion ne changera pas la nature de ces règles, même si elles sont mieux acceptées.

2) cf. B. Goldman. Lex mercatoria et frontières du Droit, art. précité ; G. Lyon Caen, Anomie, Autonomie et hétéronomie en Droit du Travail art. précité ; J.M. Verdier et Ph. Langlois, art. précité.

3) Ainsi l'élaboration de nombreux contrats de services modernes - renting [illegible] se fait dans le cadre des catégories classiques et en route largement dépendant (cf. infra [illegible] et s.).

Le rattachement des normes autonomes à un Droit étatique est toujours possible que ce soit dans l'ordre international (1) ou dans l'ordre interne (2).

612. En outre l'opposition entre ces deux catégories de règles n'est pas absolue. Les normes hétéronomes ne contraignent en règle générale qu'une fraction de ceux à qui elles sont destinées. Leur réception par une partie au moins des sujets de Droit est une condition de leur effectivité (3). Des rapports dialectiques (4) peuvent donc être dégagés entre les sources autonomes et les sources hétéronomes qui reflètent les ambiguïtés, les conflits et les liens existant entre le pouvoir étatique et les pouvoirs privés économiques.

---

(1) Batiffol, Traité élémentaire de Droit international privé, [illegible] Lagarde n° 570.

(2) Deux exemples suffisent à démontrer ce rôle de l'Etat. Il [illegible] lement admis que les accords de Grenelle s'imposaient à [illegible] entreprises (G. Lyon Caen note sous Paris 13 avril 1970 [illegible] II.16471. [illegible], A propos des accords de Grenelle, réflexions sur une source informelle du Droit. J.C.P. 1970.I.2363. contra Paris 13 avril 1970 précité). Or quelle que soit l'explication [illegible] pour justifier cette force obligatoire, il importe de relever que l'autorité publique était présente à ces négociations, [illegible] cette présence n'était pas négligeable pour faire percevoir [illegible] obligatoire de ces accords.
De même aucun pays n'admet l'extension des Conventions Collectives au delà des signataires si une loi ne le prévoit pas et si les conventions ne sont pas reprises dans le cadre d'une source formelle, [illegible], ou texte réglementaire ou législatif (G. [illegible], Le droit des conventions collectives de travail dans les pays de la communauté européenne. Trav. et rech. Inst. droit. comp. de l'université de [illegible] Ed. de l'Epargne 1959 p. 124).

(3) Il est remarquable de constater que dans les hypothèses [illegible] autonome est [illegible], les interventions étatiques [illegible] sont souvent nécessaires. Il en est ainsi en matière de [illegible] consommation [illegible] la protection de ces derniers est [illegible] (cf. [illegible] Nguyen Thanh [illegible] protection des consommateurs Thèse Caen [illegible] D. Nguyen-Thanh-Bourgeais, [illegible] d'informer les [illegible] II.[illegible]. De même le développement de l'obligation de conseil cf. infra n° [illegible] [illegible]

(4) [illegible]

Ces quelques remarques méthodologiques étaient nécessaires pour justifier l'emploi d'une autre terminologie, qui présente moins d'ambiguités que l'utilisation des notions d'autonomie, ou d'hétéronomie. Il n'en demeure pas moins que ces phénomènes de création de règles par les entreprises prestataires de services, ou de soumission à ces règles, n'est pas propre au Droit des Services et se retrouve dans d'autres secteurs ou dans d'autres disciplines.

TITRE I. LES ENTREPRISES PRESTATAIRES DE SERVICES, CREATRICES DE REGLES SPECIFIQUES.

613. L'existence d'un Droit des services, autonome, implique l'elaboration de regles specifiques, qui doivent s'articuler entre elles (1). La classification et la systématisation des règles éparses sont les opérations elementaires necessitées par l'élaboration d'un systeme juridique (2). Ce titre sera essentiellement consacré à determiner les categories qui peuvent être degagees de la synthese des regles exposees dans la premiere partie.

La qualification des prestations de service ne suffit cependant pas. La reconnaissance de la notion juridique de service depend étroitement de l'existence d'entreprises qui ont transforme le contenu de ces prestations. La notion de prestataire de services est en conséquence un elément essentiel de l'élaboration d'un Droit des services.

---

1. cf. [illegible]. Lex mercatoria et frontieres du droit Arch. phil. du Dt. 1964, 177 et s. et particulierement p. 191.

2. [illegible]. Husson. Nouvelles Etudes sur la Pensee Juridique, Dalloz 1974 p. [illegible] et s.

CHAPITRE I. LA NOTION DE PRESTATION DE SERVICE.

614. Les services constituent essentiellement une activité économique qui a pour support nécessaire des contrats. Une définition juridique de la notion de service consiste donc à chercher à situer les services par rapport à l'ensemble des conventions.

Mais certains services représentent parfois une valeur considérable. Les prestataires et les bénéficiaires cherchent en conséquence à éviter qu'ils disparaissent dès leur réalisation. Les services qui possèdent une certaine valeur et une certaine permanence tendent ainsi à être appropriés.

La qualification de la notion de service doit donc être examinée à travers ces deux catégories primaires essentielles : les actes juridiques et les biens (1).

Section I. Les Services et les Actes juridiques

615. La tâche de qualification demande une double démarche. Dans un premier temps, il importe de déterminer quelles obligations peuvent être rangées sous le vocable de prestation de service. Il s'agit donc de préciser le contenu de la notion de service. Mais cette recherche ne suffit pas et elle doit conduire dans un deuxième temps à déterminer le rôle de la notion de services par rapport aux autres notions juridiques.

(1) L'accent sera mis sur les problèmes de frontières entre ces deux catégories et sur le phénomène du passage de l'obligation au bien. Sur l'étude des comportements concrets des prestataires de services v.supra n°45c et ss.

Sous section I. Le contenu de la notion de service.

616. L'introduction de la machine a sensiblement modifié les rapports entre la prestation et le prestataire. L'insertion des services dans le cadre industriel a permis leur massification et la standardisation des obligations juridiques leur servant de support. Ces services modernes sont à l'origine de la naissance d'un droit des services.

617. Une des causes de ce développement tient à la prise de conscience de l'importance des services par les groupes industriels et par les autorités gouvernementales pour des raisons technologiques, sociales et politiques (1). La création d'entreprises de services est souvent l'oeuvre d'importantes entreprises industrielles ou même d'administrations (2). La croissance du secteur des services s'insère ainsi dans le cadre général d'une politique industrielle et économique (3), et dans le mouvement de spécialisation des unités industrielles. Le besoin de services a aussi favorisé le développement d'entreprises de services indépendantes. Ces prestataires, pris individuellement ont rarement un poids économique important.

---

(1) La naissance de certaines Sociétés de service informatique a correspondu à une volonté politique d'échapper à l'emprise d'I.B.M. Il a alors été possible d'assister à la création de sociétés fondées par d'anciens ingénieurs d'I.B.M., et qui ont été salués publiquement par les autorités politiques (cf. Le Monde du 14 septembre 1969). Nul ne semble avoir vu là un acte de concurrence déloyale cf. cass. com. 8 janvier 1958. Bul. Civ. III nº 12. adde Y. Serra, L'obligation de non concurrence nº 96 p. 87).

(2) Les principales sociétés d'ingénierie sont des filiales de groupes industriels ou financiers ou d'administrations. Technip est étroitement lié à l'Institut Français du Pétrole, Spelcnim appartient au groupe Schneider, Sofresid est une filiale d'Usinor. La SERI est une filiale de la Régie Renault, Sogeteg est liée au groupe Thomson Brandt. Sofregaz et Sofrelec émanent d'E.D.F. G.D.F. Sofrerail de la S.N.C.F. et Heurley est étroitement liée au groupe Paris bas renseignement fourni par le Ministère de l'Industrie, service Ingénierie

(3) cf. supra nº 41 et 38.

Une certaine coordination professionnelle est nécessaire pour homogénéiser leur production et pour implanter leur image de marque [1]. Elle se réalise en partie par l'élaboration de contrats type et de conditions générales. Les règles ainsi créées ont été reçues, interprétées ou modifiées par les tribunaux. Une dialectique complexe et souvent hésitante se développe, permettant l'insertion de ces pratiques individuelles et collectives dans notre système juridique à travers le filtre jurisprudentiel. L'apparente démarche prétorienne des juges, créateurs de nouvelles règles résulte souvent de la simple prise en considération de contrats qui comportent de manière explicite ou implicite des obligations spécifiques. L'apport propre des magistrats consiste souvent à donner à ces obligations une sanction écartée par les pouvoirs privés économiques mais nécessaires à leur existence [2]. Le phénomène technologique et industriel, à travers des notions comme celle de complexité ou de standardisation a permis la création d'un régime juridique original, né de la fusion d'obligations nouvelles et de règles légales profondément modifiées dans leur esprit et dans leur méthode. Ces transformations ont porté naturellement sur le service, objet de la prestation. Elles en ont aussi affecté la durée, dans la mesure où les services sont devenus un environnement contractuel dont les bénéficiaires ne peuvent plus se passer.

---

1 La conquête des marchés de services est souvent délicate. Les entreprises utilisatrices en effet n'éprouvent pas toujours la nécessité d'avoir recours aux prestataires de services. Le rôle des syndicats professionnels [illegible] et est toujours dans une large mesure de persuader les industriels de la rentabilité de leurs prestations (cf. par ex. pour l'ingénierie, les Cahiers d'Entreprise, n° spécial Les Sociétés de Services février 1974, p. 45 et [illegible]).

2 [illegible] de très nombreux exemples, pour la responsabilité d'une agence [illegible] Cass. civ. 1re 15 octobre 1974 précité, et dans le domaine [illegible] Paris 12 juillet 1972 précité.

§ I. L'objet de la prestation

618. Les services même définis restrictivement (1) englobent des prestations très variées. Il en découle parfois de délicats problèmes de frontières. L'exclusion des activités d'intermédiaires se justifie sans doute par des considérations économiques (2) et juridiques (3). Il est certain cependant que ces deux séries d'activités tendent à se rapprocher. Les intermédiaires remplissent de plus en plus souvent des tâches de conception [illegible] et exécutent fréquemment des réalisations matérielles.

Le rôle actuel des agences de voyage (4) ou des commissionnaires de transport (5) témoigne de cette évolution. Le contrat de promotion immobilière (6) en fournit un autre exemple. Le promoteur est d'après la loi un mandataire, mais il est chargé de coordonner les travaux et il constitue le véritable pivot de l'opération. Il est en réalité un véritable "ingénieur" de l'immobilier (7). Inversement l'activité des prestataires de

---

(1) cf. supra nº 29
(2) cf. supra nº 28. A la différence des prestataires de services stricto-sensu, les intermédiaires ne créent pas de plus-values (cf. Etudes et Conjonctures mars 1960).
(3) La différence tient à la nature des actes accomplis, actes juridiques ou matériels (Mazeaud T.III nº 1710). En outre l'étude de ces intermédiaires ne peut être réellement dissociée de l'étude des différentes professions auxquelles ils s'appliquent.
(4) cf. Supra nº 81 et ss.
(5) cf. Supra nº 73
(6) cf. Supra nº 75 et ss.
(7) cf. Supra nº 76

services suppose souvent la représentation du client. La prise en charge complete de l'operation est le prolongement naturel du conseil et necessite en consequence l'établissement de mandats (1).

Mais ces difficultés ne suffisent pas à remettre en cause l'unité de la notion de service (2). Deux idées importantes se dégagent de l'étude des diverses conventions.

La première concerne le conseil, qui devient une obligation essentielle des contrats professionnels. Mais ce service n'est plus seulement une prestation préalable à l'exécution de la convention. Il devient un élément déterminant de l'ensemble du contrat, notamment dans les services aux entreprises. Il peut même se prolonger très longtemps après l'exécution de l'ouvrage principal. Il s'insère alors dans un ensemble de prestations plus vastes et qui ont pour but de permettre au client de jouir "pleinement" des biens ou des prestations fournis. Il s'agit alors du devoir de maintenance qui englobe des prestations de natures variées.

A. Le conseil (3)

619. La présence de cette obligation se manifeste dans tous les contrats examinés. Elle affecte sensiblement leur regime juridique :

---

(1) cf. par ex. l'activité du conseil des banques dans la gestion des titres (supra nº 111). Il est certain que le développement de la représentation est particulièrement important dans les services aux particuliers. Les entreprises préfèrent souvent conserver la responsabilité de la décision finale (Cf. Savatier, Les contrats de Conseil professionnel en Droit privé. D. 1972 du 137 nº 8). Voir pour un ingénieur conseil T.G.I. Paris 13 mai 1975 R.T.D.Com. 1976.71 obs. Chavanne, Azema.

(2) Ces discussions ne nécessitent pas non plus la remise en cause de la délimitation du sujet. Plus que déterminer une fois pour toutes le contenu de la notion de service , il importe ici d'en montrer l'originalité et l'unité. Les avantages de la conception adoptée sont alors évidents.

(3) R. Savatier. Les contrats de Conseil professionnel en Droit Privé art. précité. J. Alisse, l'obligation de renseignement dans les contrats thèse Paris II 1975.

a - L'existence du service de conseil.

620. Ce service constitue l'objet essentiel de nombreux contrats. Il en est ainsi pour la plupart des services libéraux (1). Il en est de même pour de nombreux services aux entreprises, comme l'ingénierie (2) ou les contrats de know-how (3). Le prestataire fournit au client une connaissance lui permettant de rationaliser ses choix ou ses méthodes.

621. Le contenu de cette information est variable. L'obligation de renseignement (4) doit à cet égard être distingué de l'obligation de conseil. Un "sachant" communique dans les deux cas une "connaissance" à son partenaire. Mais dans le renseignement, cette connaissance est objective et extérieure aux parties, alors que dans le conseil, le communicant intervient directement dans l'élaboration de la connaissance. En outre, le prestataire n'a pas en principe à s'interroger sur l'utilité et l'usage possible du simple renseignement. Une véritable collaboration entre les parties est donc rarement nécessaire.

622. Le conseil peut prendre aussi plusieurs formes. Dans le conseil stricto-sensu, le professionnel fournit à son client les éléments d'une prise de décision, sans proposer d'alternative. Le bénéficiaire peut ne pas écouter le conseil, mais le prestataire n'est pas normalement tenu de fournir les justifications rationnelles du choix qu'il propose. Dans le service d'enseignement et ses variétés (assistance technique, contrats de transmission de know-how (5)), au contraire, le prestataire ne propose pas une réponse à un problème donné. Il fournit au client les instruments lui permettant de découvrir par lui-même cette réponse. La prestation

---

(1) cf. supra nº 51
(2) cf. supra nº 273 et ss.
(3) cf. supra nº 502 et ss.
(4) cf. R. Savatier, les contrats de conseil professionnel en droit privé art. precite, nº 10. comp. Cass. Civ. 1e 15 avril 1975 D. 1976.514 n. [illegible]
(5) cf. supra nº [illegible]

consiste dans la transmission non d'une connaissance, mais d'une methodologie. L'aléa est alors double : A l'incertitude sur l'efficacité de la connaissance transmise s'ajoute une incertitude sur l'assimilation correcte de cette connaissance. Les contrats de recherche (1) constituent enfin une troisième variété de ces prestations. L'aléa existe alors lors de la formation du contrat et porte sur l'existence même de la connaissance. Cet aléa a une incidence directe sur la délimitation nécessairement imprécise de l'objet du contrat et sur les modalités d'exécution de la recherche nécessairement détaillées.

623. Si le conseil, comme activité professionnelle principale, connaît une grande importance, le développement des prestations comme obligations contractuelles accessoires est aussi remarquable. Cette situation tient parfois à une modification de la fonction économique de la convention et se traduit par le bouleversement de sa nature juridique. Un bon exemple en est fourni par le contrat de voyage (2). La qualification de contrat d'entreprise a pris le pas sur celle de mandat en raison de l'importance du rôle de conseiller attribué au prestataire. Une telle situation reste cependant exceptionnelle. Dans la plupart des cas, le conseil se superpose aux autres obligations contractuelles sans bouleverser la physionomie du contrat, mais en lui conférant sa plenitude. Ces services sont essentiels dans la distribution de biens techniques, quelle que soit la technique juridique utilisée, vente ou location (3). Le devoir d'information prend toute son importance lorsque le bien est nouveau et complexe. La jurisprudence sur la distribution d'ordinateurs (4) en fournit un exemple topique mais non isolé (5). Cette obligation est encore

---

(1) cf. supra nº [illegible] et ss.
(2) cf. supra nº 86 et ss.
(3) cf. supra nº [illegible], nº 162 et nº 309 et ss.
(4) cf. supra nº [illegible] et ss.
(5) voir par ex. pour les conseils d'utilisation d'un moteur marin Paris 27 février [illegible] R.T.D. Com. [illegible] obs. Remard et pour les conseils d'utilisation d'une machine à concentrer la lessive Cass.com. 1er février [illegible] nº [illegible] R.T.D. [illegible] obs. Remard.

renforcée lorsque le bien distribué est dangereux (1). Le service d'information se retrouve aussi dans d'autres contrats que les opérations de distribution. Il est très important en matière d'entretien et de réparation de biens susceptibles de causer des dommages [illegible]. Le souci de protéger efficacement le consommateur a conduit le législateur à imposer de plus en plus fréquemment une obligation d'information à la charge des industriels (2).

b2i. Le fonctionnement de ce service pourra souvent [illegible]. Il naît dès la phase des négociations (3 bis) et doit accompagner l'exécution des obligations principales. Ces prestations peuvent [illegible] l'un contrat, mais elles constituent souvent un moyen permettant la bonne exécution de l'objet de la convention (4). La diversité des [illegible] de conseil a d'importantes conséquences sur leur régime juridique.

---

(1) cf. M. de Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats R.T.D. Civ. 1945.1. B. Gross, L'obligation de renseigner dans le Droit des contrats, thèse précitée n° 147 et s. J.F. Overstake, La responsabilité du fabricant de produits dangereux L.G.D.J. Dév. 1971, n°[illegible] J. Revel, la responsabilité du fabricant Thèse Paris II [illegible] p. [illegible] et s. nº 120 et s. J. Revel et D. Nguyen, Thann. Bourmeau. La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue J.C.P. 1975.I.2679, arrêt parmi une jurisprudence abondante Cass. Civ. 1e 5 mai 1969, J.C.P. 1969.II.16019 ; Cass. com. 13 novembre [illegible] 1974, 106 ; cass. com. 16 octobre 1973 J.C.P. 1974.II.17846 Obs. M. Malinvaud ; Cass. Civ. 1e 31 janvier 1973, J.C.P. 1975.I.2679, Obs. Dév. 1e, 7 octobre 1975 Bull. I. [illegible] Cass. Civ. 1e, 17 février [illegible] Bull. I. [illegible].

(2) Cass. Civ. 1e décembre 1960 J.C.P. 1961.II.12.Rouen 16 mai [illegible] D. 1972, 781 ... D. Civ. 1974, 42 obs. Dom. Dom. [illegible] n D. Gross. Cass. Civ. 1e 7 juin 1973 [illegible] 1e, 13 juin [illegible] D. Nguyen - Thann - Bourmeau, L'obligation d'information des consommateurs J.C.P. 1977 [illegible] III. 10864, Lyon 21 juin 1974, D. 1974 Ch. 167.

(3) [illegible]

(4) [illegible]

b) Le régime juridique du service de conseil.

625. L'obligation de conseil, obligation de faire, est en principe une obligation de moyens (1). La preuve de la faute du professionnel doit être rapportée, que sa responsabilité soit recherchée sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou sur le fondement de la responsabilité délictuelle (2). Le conseil implique nécessairement une appréciation sur les conséquences possibles de sa mise en oeuvre et sur les risques éventuels d'une information incomplète. Une obligation de prévision est donc inhérente à cette prestation (3). En pratique, il est possible de déceler une faute à la charge du prestataire lorsque le conseil ne permet pas d'organiser un avenir normalement prévisible. Il est de même assez facile de prouver le lien de causalité entre la faute et le dommage dans la mesure où le conseil oriente le choix du client. En revanche, la faute du prestataire ne peut pas être déduite du caractère malheureux de la solution proposée. La certitude n'est pas du domaine du conseil. Seule une légèreté anormale est susceptible d'être retenue à la charge du professionnel. Elle est souvent difficile sinon à déceler du moins à prouver.

Une tendance au renforcement des obligations du prestataire se manifeste cependant.

---

(1) J. Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. R.T.D.C. 1965 nº 295. R. Savatier, les contrats de conseil professionnel art. précité nº 9. J. Revel thèse précitée nº 138 et s.

(2) J. Revel thèse précitée nº 138

(3) sur l'obligation de prévision cf. B. Gross.L'obligation de garantie dans le droit des contrats op. cité nº 219 et s. Flamme le Paffa., le Contrat d'entreprise, op. cité nº 108 et s.

L'exécution de cette obligation de moyens passe souvent par la nécessité de mettre en oeuvre certaines obligations déterminées. L'aléa inhérent à l'objet du contrat peut ainsi être atténué (1). Le prestataire, s'il ne garantit pas l'obtention de la solution recherchée garantit les méthodes utilisées.

626. Dans certains cas, le débiteur de l'obligation de conseil est amené à garantir la solution qu'il propose. Il en est ainsi dans deux séries d'hypothèses, lorsque le service de conseil unifie les diverses obligations et lorsque le devoir d'information est suffisamment standardisé.

Dans la première situation, un but économique unique ne peut être atteint que par la fourniture de multiples prestations hétérogènes. Le conseil consiste essentiellement à harmoniser et à organiser cette diversité. Il en est pas exemple ainsi dans le contrat d'agence de voyage (2), dans le contrat de promotion (3) et dans la fourniture d'usines clés en main ou marchés en main (4).

L'agent de voyage est de plus en plus souvent tenu d'une obligation déterminée en raison du rôle actif qu'il prend dans l'organisation du voyage du client (5). La jurisprudence n'en reconnaît pas formellement le principe (6), mais elle en consacre souvent les effets (7). Le promoteur immobilier est dans une situation comparable. Bien que

---

(1) Ces méthodes sont fréquemment utilisées dans le domaine de la recherche scientifique. V. supra nº 240 et ss.
(2) voir supra nº 86 et ss.
(3) voir supra nº 76 et ss.
(4) voir supra nº 279 et ss.
(5) Angers 3 avril 1973 J.C.P. 1973.II.17478 n. Rodière et sur pourvoi Cass. civ. 1e 15 octobre 1974. Bull. I. nº 264
(6) Cass. civ. 1e 15 décembre 1969.D. 1970. 326 n. Couvrat.Dans le même sens v. par ex. Cass. Civ. 1e 15 octobre 1974 précité.
(7) Cass. civ. 1e 15 décembre 1974 precité.

qualifié par la loi de mandataire, il assure en réalité la responsabilité de l'ensemble de l'opération immobilière (1). Ces ambiguïtés disparaissent dans la fourniture d'ensembles clés en mains. L'ingénieur garantit la réalisation d'une usine performante, quelles que soient les techniques mises en oeuvre (2).

627. Dans tous ces contrats, la technicité des prestations fournies conduit le professionnel à décharger le client de toute initiative. La standardisation et la simplification de certaines prestations peuvent aussi amener le conseiller à garantir l'obtention d'un résultat. Le service peut être fourni selon des normes strictes et préétablies, permettant une véritable industrialisation et une automatisation du conseil. La prestation est moins bien adaptée à chaque besoin particulier du client mais la simplicité ainsi acquise permet d'assurer l'exactitude de l'information transmise et sa pertinence dans les limites de son objet. Ainsi les programmes d'ordinateurs fournis sous forme préfabriquée, en packages, ne peuvent-ils répondre qu'à des utilisations limitées mais ils doivent nécessairement y répondre (3).

L'obligation de renseignement est normalement une simple obligation de moyens (4). Mais le prestataire sera tenu d'une obligation de résultat chaque fois qu'il sera possible d'obtenir sans difficulté un renseignement exact. Il en sera par exemple ainsi pour les analyses médicales effectuées par un laboratoire (5).

---

1) cf. supra nº 76 et 77.
2) cf. supra nº 280 et ss.
3) Chr. A. Lucas, la protection des créations industrielles abstraites, Lib. techn. 1975 nº 27 et s.
4) Lyon 2 octobre 1971. J.C.P. 1972.II.17012 n. R. Savatier D. 1972, 327 n. R. Tendler. Cass. com. 30 janvier 1974. D. 1974- 4 28 n. R. Tendler.
5) Toulouse 14 décembre 1959. J.C.P. 1960.II.11402. n. R. Savatier comp. Cass. civ. 1ª. 4 janvier 1974 Bull. I. nº 4, R.T.D. Civ. 1974.822, nº 11 obs. Durry qui semble admettre la variation de la nature de l'obligation selon la technologie mise en oeuvre.

628. Si le contenu de la prestation a une incidence importante sur le régime de l'obligation, il n'en n'est pas de même du fondement de la responsabilité, délictuel ou contractuel. Il est cependant certain que la sanction de l'inexécution d'une obligation de conseil dans le cadre d'une négociation précontractuelle suppose toujours une faute prouvée [illegible]

La combinaison fréquente des deux types de responsabilité - contractuelle et délictuelle - pour sanctionner le mauvais fonctionnement du service de conseil tient au rôle particulier que jouent ces prestations. Elles permettent non seulement d'assurer une progression dans le mécanisme de formation du contrat, mais elles accompagnent aussi l'exécution de la convention et survivent parfois à son extinction (2). Mais pendant la période d'exécution les services de maintenance jouent un rôle [illegible]

B. La "maintenance".

629. La maintenance a pour fonction de conserver les biens techniques en bon état de fonctionnement. Deux séries de prestations en forment l'armature : l'entretien et la réparation. Le caractère préventif de ce service implique une certaine prédominance de la première de ces deux activités. Ce même caractère permet de comprendre l'importance jouée en ce domaine par les contrats de longue durée. La maintenance est normalement destinée à "accompagner" le bien durant toute son existence. Ces contrats se trouvent donc souvent intégrés dans un ensemble plus vaste (3) ou forment des contrats dépendants d'un contrat principal de distribution (4).

---

1) cf. [illegible], [illegible] précitée n° 43 et s.
2) voir par ex. le rôle [illegible] dans les contrats d'[illegible]
3) cf. [illegible]
4) cf. [illegible] n° [illegible]

630. Cette finalité a une incidence directe sur les diverses prestations. Ainsi l'obligation de réparation est traditionnellement présentée comme constituant une obligation déterminée (1), l'obligation d'entretien n'étant que de diligence (2). Or cette dernière est souvent renforcée dans les opérations de maintenance.

Un régime unitaire peut parfois même apparaître comme ne tenant compte que de la finalité de l'opération.

Le renforcement de l'obligation d'entretien est dû à la combinaison de deux techniques. D'une part l'exécution de l'obligation nécessite souvent la réalisation de prestations déterminées (3). D'autre part la compétence technique du professionnel oblige ce dernier à un devoir de conseil (4) qui se superpose à l'entretien du bien. L'unité de régime apparaît surtout lorsque la maintenance est une condition de fonctionnement du bien ou lorsqu'elle est un élément de la politique de l'entreprise et se présente alors comme une technique de décentralisation. Dans ces hypothèses le prestataire doit assurer complètement la marche correcte de l'appareil, quelles que soient les cause du mauvais fonctionnement (5). Le service devient ainsi un véritable accessoire du bien (6) et il se trouve fréquemment intégré dans le contrat de distribution, ou annexé à ce dernier. La première situation se retrouve essentiellement dans la location de biens techniques (7). La seconde correspond aux conventions de maintenance accessoires aux contrats de vente (8).

---

(1) voir supra nº 149. Mazeaud. III nº 1347. J. Frossard, op. cité nº 363 et 364.
(2) voir supra nº 152 ; Flamme le Paffe op. cité nº 97 et ss.
(3) voir supra nº 152 et ss.
(4) voir supra nº 153
(5) Le problème de la répartition financière du coût de la maintenance est différent. Très souvent certaines causes de mauvais fonctionnement seront à la charge de l'utilisateur. Il n'en demeure pas moins que sauf clause expresse, le prestataire sera d'abord tenu d'assurer son service.
(6) sur l'incidence de cette conception sur la nature juridique de l'action en garantie voir supra nº 184 et ss.
(7) voir supra nº 321 et ss.
(8) voir supra nº 186 et ss.

631. Un des corollaires de cette dépendance est la durée des contrats, liée au temps d'utilisation du bien. Le rôle essentiel de la durée a en fait une portée générale en matière de services. Elle est une des conséquences de la complexification technologique et une des conditions de la standardisation des prestations.

§ 2. La durée du service.

632. La complexité des prestations impose de plus en plus la collaboration des parties. La standardisation des services suppose leur répétition. Les contrats d'abonnement sont un moyen de l'organiser.

A) La collaboration.

633. Elle est la contre-partie nécessaire de l'obligation de conseil du professionnel. A ce titre, elle peut exister dans des contrats instantanés. Mais elle n'est réellement essentielle et étroite que dans les conventions se prolongeant dans le temps. De très nombreuses modalités sont alors susceptibles de se développer.

La collaboration peut se traduire simplement par une obligation d'information à la charge du non-professionnel tenu de répondre aux questions de son partenaire (1). Dans de nombreux cas, l'obligation du client est cependant plus importante. Le co-contractant peut notamment être tenu de modifier l'agencement de ses installations (2) ou de transformer l'organisation de son entreprise (3) en vue de permettre la réalisation du service du prestataire. Dans les contrats complexes portant sur des prestations intellectuelles une clause d'échange d'informations et de perfectionnements est souvent prévue pendant la durée du contrat et même après son expiration(4).

(1) Cette obligation est parfois consacrée par la loi. cf. en matière d'assurance, l'article 15 de la loi du 13 juillet 1930.
(2) voir supra nº 311 et ss.
(3) voir supra nº 337 et ss.
(4) voir supra nº 443 et ss.

Le rôle joué par ces clauses est plus remarquable que leurs modalités. Dans leurs expressions les plus simples, elles traduisent seulement, mais avec une intensité particulière, l'obligation de bonne foi contenue dans tous les contrats. Mais la collaboration peut être plus qu'un simple moyen de parfaire l'exécution d'obligations contractuelles. Elle peut exprimer la finalité réelle de l'opération. L'ouvrage matériel ou intellectuel à réaliser n'est plus alors que le moyen de la collaboration.

634. La participation à une oeuvre commune implique fréquemment la constitution de personnes morales utilisées comme cadres de la collaboration (1). La création de filiales communes (2) s'accompagne normalement d'accords de "joint venture" qui modifient les règles de fonctionnement de la personne morale pour assurer la collaboration la plus égalitaire possible (3).

Ces accords contractuels sont le moyen d'organiser la collaboration au sein de la société. Leur existence provient - au moins partiellement - de la nécessité de contre-balancer dans la société anonyme la tendance à la concentration du pouvoir inhérente au principe majoritaire (4).

---

(1) Voir supra nº 443 et ss.
(2) Voir colloque sur la filiale commune, Paris II, février 1975
(3) Ces accords posent souvent des problèmes de licéité au regard du droit des Sociétés. cf. F. Goré, rapport au colloque Paris II sur la filiale commune. précité
(4) Il est remarquable de constater que les associés sont obligés de violer les règles de fonctionnement de la Société Anonyme pour respecter le principe de l'égalité des associés, fondement théorique de la société. Il est tentant d'en conclure que les distorsions constatées par les auteurs dans le fonctionnement des sociétés anonymes (cf. la démonstration de M. Champaud : le pouvoir de concentration dans les sociétés par actions Sirey 1962) ne tiennent pas seulement à des pratiques regrettables, mais appartiennent à l'essence de la société anonyme. Entre cette dernière et les autres sociétés, il y aurait alors non une simple différence de degré dans l'institutionnalisation, mais une différence de nature (cf. C. Champaud op. cité nº 6 et s.)

635. Dans tous les cas les services et plus particulièrement les services intellectuels - ingenierie, recherche - jouent un rôle considérable comme objets spécifiques et comme supports nécessaires de la collaboration (1). Ce phénomène tient à la complémentarité des services par rapport aux opérations de fabrication et de distribution. Les services, au moins dans le cadre des rapports inter-entreprises sont plus un mode de gestion qu'un objet d'échange (2).

636. Ces formes de collaboration se poursuivent fréquemment au delà de la réalisation de l'ouvrage. En matière d'ingenierie par exemple la rémunération du prestataire est parfois reportée à une période post-contractuelle qui donne lieu à la constitution d'une société d'exploitation en commun par les deux partenaires (3). Cette formule permet au constructeur d'un ensemble industriel de s'assurer certains débouchés, de permettre la rémunération de ses services et de ses droits de propriété industrielle tout en gardant un certain contrôle sur le fonctionnement de l'installation. Les avantages sont encore plus nets pour le client. Il est assuré de la formation "post-contractuelle" de son personnel. Il est garanti surtout contre d'éventuelles difficultés d'approvisionnement ou contre des défaillances du service après-vente de l'ingénieur. Enfin, il bénéficie parfois non seulement d'une garantie de bon fonctionnement, mais aussi d'une garantie de rentabilité de l'ensemble construit (4).

Des formules comparables sont élaborées en matière de recherche scientifique. La recherche en commun donne souvent lieu à la constitution d'un groupement plus ou moins organisé (5).

---

(1) cf. supra nº 435 et s. adde. Cl. Reymond, rapport au colloque sur la filiale commune, précité.
(2) cf. supra nº 222 et ss. et nº 403 et ss.
(3) sur le risque de cette opération voir Le Monde, Dossiers et documents, L'année économique et sociale. 1975 : la crise p. 142 et s.
(4) sur le développement de ces formules dans la collaboration industrielle avec les pays en voie de développement cf. P. Drouin, le nouvel impératif industriel. Le Monde du 27-28 mai 1975.

La recherche terminée le groupement pourra subsister tel quel ou transformé pour en exploiter les résultats (1).

La durée est donc un élément constitutif de ces formes contractuelles où la collaboration se substitue à l'échange antagoniste. Elle peut aboutir dans certains cas à modifier la forme même de la collaboration ou de l'échange. L'abonnement en fournit un exemple remarquable.

B) L'abonnement.

637. Les prestations de service ne sont pas le seul domaine des contrats par abonnement. Ce dernier est plus une modalité d'exécution des contrats qu'un contrat autonome (2) . Il n'en demeure pas moins que cette technique est très fréquemment utilisée dans le domaine des services. Le particularisme économique de ces prestations s'accorde bien aux caractères juridiques de l'abonnement. Mais l'utilisation de cette technique influence les conditions de fourniture des services.

a) les services et les caractères juridiques de l'abonnement.

638. Les contrats par abonnement sont une variété des contrats à exécution successive (3). Ils présentent cependant des particularismes notables. L'exécution des prestations d'un des contractants au moins est fractionnée et se renouvelle dans le temps selon une périodicité qui peut être fixe ou

(1) R. Houin, art. précité ; Cl. Reymond, la filiale commune en Droit suisse, rapport au colloque sur la filiale commune précitée.
(2) en ce sens R. de Raemy, le contrat par abonnement Thèse Lausanne 1960 p. 15 et p. 38.
(3) Carbonnier, t. IV, nº 64 p. 211. En conséquence, le droit commun des contrats à exécution successive s'applique normalement au contrat par abonnement.

variable. Il importe peu que la cause de ce renouvellement soit à rechercher dans la nature de la prestation ou dans la volonté des parties (1). Il est par contre nécessaire pour qu'il y ait abonnement que le service ne soit pas fourni de manière continue. Le nombre des prestations peut être défini dès la formation du contrat ou dépendre de la volonté de l'abonné au fur et à mesure de l'écoulement du temps (comme dans l'abonnement au téléphone). Le prix peut être payable d'avance ou au fur et à mesure de l'exécution du contrat (2). Il peut être forfaitaire. Ce système peut jouer aussi bien lorsque le nombre de prestations est prédéfini, que lorsqu'il est fonction des désirs de l'abonné. Dans cette dernière hypothèse, le prix sera normalement dû même si le bénéficiaire n'a pas réclamé le bénéfice des prestations. Le prix peut aussi dépendre du nombre de prestations fournies.

Des modalités comparables se retrouvent dans la détermination de la durée du contrat. Le terme peut être à date fixe quel que soit le nombre de prestations fournies ou dépendre de l'exécution d'un nombre déterminé de services. En matière de services l'abonnement est souvent l'accessoire d'un objet. La durée du contrat est donc fréquemment liée à celle de la chose (3). Elle peut enfin être totalement indéterminée.

---

(1) Cette distinction est plus nette pour les ventes par abonnement que pour l'abonnement de services. En matière de services, le service disparaît dès son exécution. La volonté de bénéficer d'une prestation durable nécessite le recours à la répétition, donc à l'abonnement.

(2) Voir cependant contra A. Seube , le contrat de fourniture, thèse Montpellier 1970 nº 479 et ss. Cet auteur voit dans ces diverses modalités de paiement un moyen essentiel de distinguer le contrat de fourniture du contrat par abonnement.

(3) cf. Cass. com. 6 octobre 1975 D.75.I.R. 260 qui a admis qu'un contrat d'entretien d'installation téléphonique se trouvait résilié faute d'objet lorsque le bail du local où était installé l'installation était résilié par le propriétaire.

639. La multiplicité des formes d'abonnement a des répercussions sur la structure du contrat qui peut être unitaire ou dualiste. Un seul contrat est décelable lorsque le nombre de prestations est déterminé et lorsque le prix est au moins déterminable. Il importe peu à cet égard que la durée soit ou non déterminée, ou que le bénéficiaire puisse choisir les moments de la fourniture des services, ou même qu'il puisse renoncer à certains.

La situation est différente lorsque le client dispose d'une simple faculté de recourir au prestataire et n'est tenu de payer que les services effectivement fournis. L'abonnement constitue une promesse unilatérale de contracter émanant du prestataire. Des contrats d'application se forment à chaque demande du client (1). Le caractère unilatéral de cet engagement permet de distinguer cette convention cadre du contrat de fourniture. Dans ce dernier une obligation d'approvisionnement est la contrepartie de l'obligation de fourniture (2).

640. Cette rapide analyse du contrat par abonnement permet de comprendre en quoi cette technique s'adapte bien à la fourniture de services. De nombreuses prestations sont destinées à permettre ou à améliorer le fonctionnement de biens de production ou de consommation durables. Ces biens non consomptibles par le premier usage nécessitent une maintenance régulière. L'abonnement est un des moyens les plus simples pour lier le service après-vente à la durée de fonctionnement de la machine, et pour assurer la régularité du service.

---

(1) cf. cependant J. Hémard, les contrats commerciaux, nº 208 et s. qui semble admettre l'existence d'un contrat unique.

(2) sur cette question V. A. Seube , le contrat de fournitures, thèse dactylographiée Montpellier 1970, J.M. Mousseron et autres Droit de la distribution,-bibl. de droit de l'entreprise nº 4 Lib. tech. 1975 p. 160 et s. A cette distinction s'ajoute une distinction fonctionnelle. Les contrats de fourniture sont fréquemment un élément d'une opération de distribution intégrée. Ils rentrent donc dans des ensembles contractuels plus vastes. L'abonnement ne vise qu'à permettre l'usage d'un bien ou d'un service par l'abonné.

Une autre difficulté posée par les services est qu'ils ne peuvent être stockés. Il doit y avoir correspondance entre l'utilisation et la fourniture. Dans la mesure où la prévisibilité des besoins en services est assez grande l'abonnement est une méthode pour assurer cette correspondance. Cette technique permet aussi au prestataire de prévoir sa "production" de services dans le temps et de mieux organiser sa gestion.

Le recours à l'abonnement n'est cependant possible que pour des prestations suffisamment uniformes, susceptibles de répétition et d'exécution similaire. Mais lorsque ce mode de fourniture est possible, son utilisation présente l'avantage de permettre au prestataire d'accroître encore la standardisation de ses services. Le recours à l'abonnement modifie donc les conditions de fourniture du service.

b) L'abonnement et les conditions de fourniture des services.

641. Traditionnellement, la durée n'a une incidence que sur l'exécution du contrat, c'est-à-dire sur le déroulement matériel des prestations.

Or cette conception ne rend pas compte du fait que certains éléments essentiels à la formation du contrat ne se réalisent que pendant son exécution. Inversement certaines difficultés d'exécution ne peuvent être résolues qu'au regard des règles de formation.

La durée peut donc affecter non seulement l'exécution de la convention, mais aussi la définition des obligations des deux parties : la prestation et le prix.

1) La prestation.

642. La définition a priori du contenu des obligations n'est pas toujours possible. Une marge d'incertitude apparaît déjà à propos d'abonnements à des produits, en raison de l'évolution possible des productions du fournisseur (1).Ce phénomène est naturellement plus important pour les

(1) voir en matière de contrat de fourniture. Droit de la distribution, op cité nº 198.

services. Le progrès technologique ou la standardisation des normes de travail peut modifier le contenu du service, en développant sa complexité ou au contraire en diminuant sa substance.

Les parties utilisent diverses techniques pour se prémunir contre ce risque. Elles peuvent d'abord convenir de figer les prestations, à leur état au jour de la formation du contrat. Cette solution ne pose aucun problème juridique particulier. Mais elle peut aboutir à de sérieuses difficultés économiques et financières. Un obstacle à l'harmonisation des conditions d'exécution des abonnements est ainsi dressé. En outre, l'abonné risque de bénéficier de prestations techniquement dépassées et présentant de ce fait un intérêt très limité.

Les parties en conséquence décident souvent que le prestataire pourra modifier le contenu de ses prestations selon la conjoncture technique ou commerciale. Cette clause, très souple, a pour inconvénient de soumettre la définition de l'objet même du contrat à la volonté unilatérale d'une partie rendant cet objet indéterminable. En effet, rien ne semble justifier une analyse différente du caractere "déterminable" selon qu'il s'agisse du prix ou de l'obligation (1) de l'autre partie. Or, en matière de prix il est maintenant clairement admis (2) que les contraintes commerciales internes ne suffisent pas à conférer à la volonté unilatérale un caractère objectif.

---

(1) voir cependant contra, Droit de la distribution op cité nº 198. Les auteurs citent à l'appui de leur thèse un arrêt de 1931 (Cass. req. 17.2.1931.D.P.1931.I.41.n. Voisin) et un arrêt de la Cour de Paris du 26 janvier 1966 (R.T.D.Com.1966 p.104 nº 6 n. Hémard). Ces arrêts semblent insuffisants pour constituer une solution certaine. Ces deux arrêts, et particulièrement l'arrêt de la Chambre des Requêtes sont survenus en effet bien antérieurement à la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de prix, jurisprudence qui est allée dans une large mesure à contre courant des solutions anterieurement admises.

(2) Cass.com.27 avril 1971 et cass.com.5 novembre 1971 D.1972.353 n.J.Ghestin J.C.P.1972.II.16975.M.J.Boré.Cass.com.12 février 1976.D.1974.n.J. Ghestin,J.C.P.1975.II.17915.n.J.Boré. Il est inutile à cet égard de revenir sur les distinctions entre la nullité des contrats d'application et celle du contrat cadre, rendue sans intérêt sinon sans justification par la jurisprudence la plus recente.

Une autre clause fréquemment utilisée dans les domaines technologiquement avancés, est la clause de perfectionnements qui peut d'ailleurs être unilatérale ou réciproque (1). La validité de cette clause - au moins en droit interne - n'est pas contestée, mais de délicats problèmes peuvent surgir lorsqu'il s'agit de définir la notion de perfectionnement (2).

643. Les difficultés dues à l'évolution du contenu du service ne sont pas les seules. D'autres apparaissent dès la formation du contrat, et tiennent à la nature même du service. Elles ne pourront être résolues que par le déroulement de la prestation dans le temps. Il est en effet toujours possible, lors de la conclusion d'un contrat, d'estimer un objet matériel soit par une appréhension directe, soit indirectement, par la connaissance de ses références techniques. Il en est autrement pour les services qui n'ont pas d'existence lors de la formation du contrat, et qui nécessitent en conséquence une appréciation toujours aléatoire de qualités humaines.

L'abonné est ainsi fréquemment déçu par la qualité, le niveau technique ou l'efficacité de la prestation sans qu'il soit possible de déceler une faute du prestataire (3).

La solution est aisée à trouver dans les abonnements à durée indéterminée. Elle consiste en l'exercice du droit de résiliation unilatérale du contrat par l'abonné. Mais cette faculté ne peut jouer lorsque le contrat est à durée déterminée ou comporte un nombre défini de prestations. L'abonné ne peut pas résilier le contrat unilatéralement. Il ne peut pas en obtenir la résolution sur le fondement de l'inexécution des obligations du prestataire.

(1) cf. supra nº 530 et ss.
(2) voir supra nº 530 et ss.
(3) voir par ex. Le Monde du 9.10 mars 1975, à propos des contrats d'abonnement de chauffage concernant les immeubles collectifs. adde, la réglementation modifiant les conditions de rémunération des entreprises exploitant le chauffage des immeubles. Décret du 4 août 1975. J.C.P. (C.I.) 1975.III.43109.

644. Cette situation est fréquente dans les contrats d'enseignement, conclus pour une durée déterminée pendant laquelle l'établissement d'enseignement s'engage à fournir un certain nombre de prestations. Contrairement à ce qu'a pu admettre un tribunal (1), il est impossible de reconnaître l'existence d'un droit de résiliation unilatérale découlant de la nature de la prestation. Ainsi, sauf abus dans le refus de résiliation, solution exceptionnelle (2), l'abonné risque de se trouver prisonnier d'un contrat qui est pour lui sans objet (3).

La solution doit être recherchée dans l'annulation pour erreur sur l'objet. Il est sans doute impossible d'admettre que la simple erreur sur l'utilité économique du contrat justifie l'annulation de la convention. Mais en matière de services, l'objet ne se définit souvent que par l'exécution des prestations. Rien ne devrait interdire une annulation lorsqu'il apparaît une distorsion trop grande entre la réalité de la prestation et sa finalité (4).Cette analyse est justifiée par le rôle essentiel joué par la durée dans les contrats par abonnement. Cette dernière doit en effet être conçue comme un élément de la formation du contrat, qui s'incorpore à l'objet même de la convention.

---

(1) T.I. Paris 3 octobre 1968.G.P.1968.2.345.n.Doucet cf. P.Simler, l'article 1134 du Code Civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée indéterminée J.C.P.1971.I.2413.

(2) Cass.Civ.3e.22 février 1968.J.C.P.1969.II.15735.n.R.P.D.1968.607. n.Ph.M., R.T.D.Civ.1968 obs.Cornu.Adde. Ph.Simler art. précité.

(3) comp.Cass. com. 20 janvier 1976.D.1976.I.R.109. Cet arrêt a admis qu'un client d'une agence de renseignements commerciaux pouvait refuser de payer le prix de l'abonnement sur le fondement de l'exception non adimpleti contractus, lorsque le client qui avait contracté pour obtenir des conseils juridiques, ne pouvait plus bénéficier de ces services de la part de l'agence, en raison de la modification de la réforme de la profession de conseil juridique. Il est manifeste que cette solution est exceptionnelle et tient à la survenance d'un événement de force majeure. De même l'article 9 de la loi du 6 juillet 1971 sur le contrat d'enseignement à distance, offre-t-il une faculté de résiliation unilatérale au profit de l'élève lorsque ce dernier n'a pu suivre l'enseignement en raison de la survenance d'un événement de force majeure.

(4) Cette appréciation ne signifie pas qu'il faille encourager des qualifications reposant sur l'absence d'appréciation pour être particulièrement objective.

645. Cette solution aboutit sans doute à admettre, indirectement, la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée pour imprévision. Mais l'imprévision est de l'essence de certains services et les contractants ne peuvent s'en protéger. Il est en conséquence difficile de ne pas tenir compte des distorsions qui vont apparaître au cours de l'abonnement. Il ne s'agit probablement pas d'un hasard si la jurisprudence administrative sur l'imprévision s'est construite à propos de tels contrats (1).

646. Une dernière circonstance peut modifier le contenu de la prestation. De nombreux abonnements concernent la maintenance de biens techniques.

Les évènements affectant la situation de ces biens se répercutent nécessairement sur le contenu du service fourni. Les parties peuvent cependant parfaitement convenir que l'évolution de la consistance des biens entretenus ne modifiera en rien les termes du contrat de maintenance. En l'absence d'une telle clause, cette solution doit aussi être admise lorsque le contrat de service porte, non sur un bien déterminé mais sur un ensemble de biens. Les modifications du contenu de cette universalité de fait n'affectent pas l'universalité elle-même. En revanche, la disparition complète de la chose cause du contrat doit normalement entraîner la caducité de ce dernier (2).

Ces situations sont cependant exceptionnelles. Le fournisseur se reconnaît le plus souvent le droit de modifier son prix ou de résilier le contrat en cas d'augmentation des charges dues à l'accroissement des objets à entretenir, ou à la multiplication des difficultés de maintenance. La variabilité de l'obligation de maintenance est assurée par des stipulations diverses.

(1) C.E. 30 mars 1916. Gaz de Bordeaux.S.1916.3.17.n.Hauriou.
(2) Cass. com. 6 octobre 1975.D.1975.I.R.260

Les parties conviennent parfois que la modification des éléments matériels supports du service, se traduira par une re-négociation (1) et à défaut d'accord par une résiliation. Le contrat peut aussi organiser une variation automatique des divers éléments, prestations, prix,en fonction de la variation des objets de référence.

Enfin, les parties insèrent fréquemment des clauses prévoyant l'exclusion en cours de contrat des biens devenant trop coûteux à entretenir du fait de leur vétusté. Cette stipulation peut cependant sembler peu compatible avec l'obligation de maintenir les biens en bon état durant toute la durée du contrat.

Quelles que soient les clauses utilisées, elles ont nécessairement une incidence sur le prix du service.

2) Le prix du service.

647. Les incertitudes relatives au contenu des prestations et l'inflation permanente conduisent le prestataire à refuser d'être lié par un prix déterminé à priori dès la formation du contrat.

Les clauses d'indexation devenues traditionnelles (2) permettent de limiter l'effet de ces variations. Elles n'ont rien de spécifique en matière de service.

De même une clause fréquemment utilisée est la référence à un "prix catalogue" au jour de l'exécution effective du service.

---

(1) comp. les clauses de hardship dans certains contrats internationaux. B.Oppétit. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstance : les clauses de hardship J.1974.794.
(2) Starck, Droit civil II, nº 1413 et s.

La validité de ces clauses pose des problèmes comparables dans les contrats de services à ceux posés dans les contrats de fourniture (1). Une différence se manifeste cependant. Lorsque le client détermine librement les prestations qu'il désire recevoir, sans être tenu par des quotas et lorsqu'il ne paie que les services effectivement fournis, aucun problème de nullité ne se pose. Le contrat par abonnement n'est qu'une promesse unilatérale de fournir des services (2), qui nécessite pour se concrétiser, la formation - et donc la négociation préalable - d'accords particuliers.

La complexité de certains services (services de conseil), les conditions de leur fourniture (abonnement par ex.) ont donc une incidence profonde sur le régime juridique de ces prestations.

Ces modifications du contenu de l'obligation ne peuvent pas ne pas rejaillir sur la qualification de ces prestations. Le rôle des services, au regard de la nature juridique des divers contrats doit maintenant être précisé.

Sous-section II. Le rôle de la notion de services.

648. L'influence des services sur la qualification des contrats peut jouer à un double titre. L'existence des services contractuels peut modifier la qualification des contrats auxquels ils s'appliquent, ou au contraire être indifférents. Les services contractuels doivent donc être distingués des contrats de services. Mais il ne suffit pas de constater l'existence de contrats ayant pour objet essentiel la prestation de services. Il importe de savoir si la notion de contrat de service peut devenir une nouvelle qualification, susceptible de se substituer à des catégories connues, mais souvent inadéquates. Les contrats de services doivent alors être examinés au regard des contrats nommés.

(1) voir supra nº 320
(2) voir supra nº 639.

§ 1. Services contractuels et contrats de services.

649. Les intérêts (A) présentés par la recherche des critères de distinction (B) entre ces deux catégories sont nombreux et importants.

A. Les intérêts de la distinction.

650. Le principe de l'autonomie de la volonté dans le choix de la forme ou du contenu du contrat pourrait laisser penser qu'une telle recherche ne présente que des intérêts limités. Il a largement été démontré cependant qu'il n'en était rien (1). La liberté des parties n'est pas absolue et comporte de fréquentes limitations. En outre l'utilisation de certains moules contractuels détermine souvent par voie de conséquence le contenu des obligations des parties.

651. Un des intérêts de la distinction entre services contractuels et contrats de service est d'ordre théorique. Lorsque le service n'est pas un élément déterminant dans un contrat, la qualification retenue sera totalement étrangère aux contrats de services (2). La notion de service n'apparaîtra alors que dans la recherche du régime juridique de l'opération. Les services contractuels sont très souvent un élément déterminant du régime juridique d'un contrat tout en restant étranger à sa qualification.

(1) F. Terré, l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications op cité nº 522 et s.

(2) Ainsi l'existence d'un service de conseil dans le contrat de vente ne fait plus de doute. Mais ce service, élément du régime juridique de la vente, n'a pas d'incidence sur la qualification du contrat. Voir par ex. Cass.com. 16 octobre 1973.J.C.P.1974.II.17846.n.Ph.Malinvaud.Rouen 18 mai 1973.G.P.1973.2.740.J.C.P.1974.II.17867.n.B.Gross R.T.D. Civ. 1974.164 obs.Cornu.R.T.D.Com.1974.250 obs.Hémard.De Juglart, l'obligation de renseignements dans les contrats R.T.D.Civ.1945.1 et s. adde J. Revel, la responsabilité civile du fabricant. Thèse Paris II. 1975. p.198 et s. nº 122 et s.

Le rôle subordonné joué par les services contractuels a à son tour une incidence sur le régime juridique de l'obligation de service que comporte le contrat. Ainsi apparaissent clairement certains intérêts pratiques de la distinction.

652. Le développement des services comme éléments nécessaires de certains contrats a pour objet (et) ou pour effet de renforcer l'obligation du professionnel disposant d'un savoir face au non initié. Ce caractère est manifeste dans l'obligation de conseil mise à la charge du vendeur (1) ou de l'entrepreneur (2), obligation dont la portée est variable selon les connaissances du client (3). Il en est de même pour l'obligation d'information qui est une modalité de l'obligation de sécurité dans le contrat d'hôtellerie (4). Dans tous ces cas, la reconnaissance d'une obligation de service constitue un affinement dans la détermination du régime juridique de ces contrats.

Mais ce rôle n'est pas univoque. Le contenu des services est affecté aussi par l'existence des obligations principales. Le service d'information apparaît ainsi comme une modalité de l'obligation de délivrance (5) ou comme une application de la garantie des vices cachés dans la vente (6). En conséquence, le régime juridique de cette prestation

---

(1) Voir supra nº 623 et ss. et particulièrement Cass.Com.16 octobre 1973 précité.
(2) Voir supra nº 623 et ss. et parmi les décisions les plus récentes Cass. civ. 3º 17 juin 1975 D.1975.I.R.207 Cass.Civ. 3º 1er juillet 1975.J.C.P. (C.I.).1975.I.4761.
(3) Voir par ex. Paris 14 novembre 1968 D.1969.61.Gross, l'obligation de garantie dans le droit des contrats op. cité nº 217. Overstake, la responsabilité du fabricant de produits dangereux op. cité nº 17. Ph. Malinvaud, la responsabilité civile du fabricant en Droit Français G.P. 1972.2.doc.463 nº 15 et 16.
(4) Voir par ex. Lise Moret, le contrat d'hôtellerie.R.T.D.Cic.1973.663 et s.adde Besançon 1er octobre 1971.J.C.P.1973.II.17458.obs.F.Leymarie
(5) M.Alter, l'obligation de délivrance op cité ... Mazeaud T.2.vol.3 nº950
(6) B.Gross. L'obligation de garantie... op cité nº 103.

dépend de la catégorie juridique qui l'englobe.

653. De manière générale, les services contractuels suivent le sort des obligations principales. Une conséquence importante peut en être tirée à propos des clauses limitatives de responsabilité.

Dans les contrats où ces clauses sont admises, la portée de l'obligation de service accessoire pourra être très fortement atténuée par les parties. Au contraire, dans les contrats où le service est essentiel, ces clauses ne seront possibles que dans la mesure où elles ne suppriment pas l'obligation (1).

Le problème consiste alors à savoir quand le service est essentiel. Le choix d'une critère de distinction s'impose.

B) Le critère de distinction.

654. Le critère le plus simple semble être celui de l'accessoire (2). Cette technique peut en effet être utilisée lorsque la prestation de service s'intègre dans un contrat impliquant le transfert de la propriété d'un bien corporel ou même incorporel. La qualification toujours retenue est alors celle expliquant le transfert de propriété (3). Il en est notamment ainsi lorsque les services accompagnent une vente. Les prestations sont toujours l'accessoire de la chose vendue, sinon au sens de secondaire, du moins à celui de dépendant (4).

(1) Ainsi dans une vente de matériel technique, il peut parfaitement être stipulé que les conseils du vendeur ne sauraient engager sa responsabilité. Il ne pourrait en être ainsi, au contraire, dans un contrat n'ayant que ces conseils pour objet. Dans ce dernier cas en effet l'obligation du prestataire disparaîtrait, ou tout au moins ne dépendrait que de sa seule volonté.

(2) G. Goubeaux., La règle de l'accessoire en droit privé.L.G.D.J.1969. F.Terré. L'influence de la volonté individuelle op. cité nº 390 et s.

(3) Cette situation témoigne du rôle joué par la propriété dans notre système juridique, qui attire non seulement les accessoires matériels, mais aussi les "accessoires juridiques" (cf. supra nº 184).

(4) F. Terré, L'influence de la volonté individuelle op.cité nº 390 et s.

Ainsi en est-il de l'obligation de conseil (1) - le service après-vente intégré au contrat de vente est aussi une simple modalité de l'obligation de garantie (2). L'exemple des concessions commerciales, réduites par la jurisprudence à des contrats de vente, témoigne de la force de l'attraction des qualifications exprimant un transfert de propriété (3).

655. Des problèmes particuliers sont cependant posés par l'ingenierie. Ce vocable recouvre des formules très diversifiées allant de la simple fourniture de procédés techniques à la construction d'usines clés en main (4). Dans cette dernière situation, le contrat comporte des prestations de génie civil, c'est-à-dire, de construction d'immeubles. Dans la plupart des contrats, l'ingénieur fournit aussi des matériels. Or, il est généralement admis (5) que ces diverses fournitures n'ont pas d'incidence directe sur la nature du contrat.

La finalité de l'opération d'ingenierie n'est pas la construction de bâtiments ou la fourniture de machines, mais la fourniture d'un ensemble industriel, c'est-à-dire d'une technologie permettant la réalisation d'une certaine capacité de production. Les prestations intellectuelles assurent l'homogénéité de ce contrat composé de fournitures très diversifiées. La qualification de cette convention se fait en fonction de la finalité réelle et non selon les objets apparents.

---

(1) voir supra nº 164.
(2) voir supra nº 166 et ss.
(3) voir cass. com. 12 février 1974, D.1974.414 note Ghestin. J.C.P.1975 II.17915 note Boré.
(4) Sous cette terminologie, nous faisons rentrer ce que les praticiens appellent parfois les contrats produits en main. Aucune différence significative n'apparaît en effet entre ces variétés contractuelles.
(5) voir supra nº 277 et ss. cf. cependant contra Saint-Alary, intervention aux journées de droit de l'Entreprise. Montpellier 1970, in actualités de droit de l'entreprise 1970, Les nouvelles techniques contractuelles op cité p. 111.

656. Il est cependant remarquable que ce contrat soit le seul exemple où le transfert de droits réels reste secondaire. Il est probable que cette solution est une des conséquence de l'importance prise par "la matière grise" et par l'innovation dans la politique industrielle (1).

Cette solution tient aussi à ce que le contrat d'engenierie n'est pas seulement un mode de réalisation d'un ouvrage matériel, mais est aussi un mode de collaboration inter-entreprises (2). L'ouvrage matériel est sans doute l'objet du contrat, mais il est surtout le support de la collaboration.

Il faut enfin souligner que cette situation n'a pu se produire qu'en raison de la qualification de contrat d'entreprise habituellement retenue pour ces contrats ; cette notion joue qu'il y ait ou non transfert de propriété. Le développement du rôle juridique des services intellectuels a ainsi pu se faire sans se heurter à l'obstacle d'un changement de qualification (3). Il n'en demeure pas moins que dans ces contrats, la théorie de l'accessoire n'est plus opératoire.

657. Il en va de même dans les conventions ne comportant pas de transfert de droits réels. Le rôle joué par les services (4) est souvent difficile à apprécier. Le choix d'une prestation principale, fondant la qualification, devient alors aléatoire.

---

(1) voir J.K. Galbraith, le nouvel état industriel op. cité 323 et s.
(2) voir P. Bucaille et Cl. Reymond, interventions au colloque organisé par l'Université de Paris II sur la filiale commune. Paris février 1975.
(3) Le rôle de services ne doit pas faire négliger cependant l'importance des fournitures industrielles.
(4) Ce problème n'est pas spécifique aux services, mais il s'est posé essentiellement pour des contrats traditionnels - dépôt, louage - dans lesquels des prestations de services se sont insérées.

La distinction du principal et de l'accessoire peut parfois se faire selon plusieurs critères non concordants. Ainsi, selon que le service est envisagé en fonction de son coût, du temps qu'il demande ou du but recherché, il pourra devenir tour à tour principal ou accessoire (1).

La distinction du principal et de l'accessoire peut même devenir impossible. Dans les contrats portant sur des biens matériels, les services sont toujours accessoires dans la mesure où ils sont par nature dépendants de la chose (2). Ils n'en jouent pas moins souvent un rôle essentiel.

658. Devant ces difficultés, il a pu sembler nécessaire de ne plus chercher à hiérarchiser nécessairement les diverses prestations. L'application cumulative des différentes qualifications a ainsi été proposée (3). Mais cette attitude qui réduit les contrats complexes à des contrats composés, a pour principaux inconvénients de ne tenir compte ni du but économique recherché, ni de la volonté des parties de lier les diverses obligations (4). La doctrine et la jurisprudence ont donc à juste titre récusé cette méthode et pris parti pour l'unité de ces contrats (5).

---

(1) Sur la distinction entre l'aspect qualitatif et l'aspect quantitatif de l'accessoire. Voir G. Goubeaux , op. cité nº 13 et s. adde.F.Terré L'influence de la volonté individuelle op. cité nº 403.

(2) F. Terré, op cité nº 390 et s.

(3) Planiol, classification synthétique des contrats, Rev.crit. Leg.jur. 1901.464 et s.

(4) Les contrats d'ingenierie sont ici encore très remarquables. Les prestations peuvent sans doute faire l'objet de plusieurs contrats, mais le plus souvent les parties élaborent un contrat unique et prennent grand soin de faire ressortir l'unité de l'opération.

(5) Voir par ex. pour le contrat d'hôtellerie, Lise Moret. Le contrat d'hôtellerie, art. précité. Voir pour les agences de voyage. P.Couvrat, Les agences de voyage en Droit Français, op. cité p. 182 et s.. B. Teyssié, les groupes de contrats. L.G.D.J. 1975.

Or cette unité a souvent été trouvée dans l'existence des prestations de services. Il en a été ainsi par exemple dans le contrat d'hôtellerie (1) ou dans les contrats de garde (2), location de coffre fort, location de garage (3). Dans tous ces cas cependant l'utilité des services est faible et si la théorie de l'accessoire jouait, ils ne devraient pas intervenir dans l'opération de qualification (4).

659. En réalité, il est impossible d'apprécier l'utilité de manière objective et globale. Les économistes savent que "la valeur subjective" des choses possédées n'est égale ni à l'utilité totale de ces choses, ni à l'utilité moyenne, mais à l'utilité de la chose marginale (5). Or cette approche est en réalité aussi celle du juriste.

Lorsqu'un bien, ou une prestation, peut être obtenu par une technique juridique simple et qu'une technique plus complexe est utilisée, l'utilité de ce bien ou de cette prestation ne peut servir à qualifier la technique juridique employée. Au contraire, les éléments, mêmes futiles (6), inacessibles dans la technique primaire doivent être considérés comme les éléments déterminants du choix pratiqué.

---

(1) Voir par ex. Cass. soc. 12 mai 1954 D. 1954.311.R.T.D.Civ.1954.515. obs. Carbonnier. Adde pour l'application de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix à un contrat de dortoir. T.G.I. Lyon 29 janvier 1970 et cass. crim. 13 novembre 1970.J.C.P. 1971.II.16802. obs. Guerin.

(2) A. Tunc , Les contrats de garde op cité.

(3) Voir pour l'application de l'ordonnance du 30 juin 1945 à ce contrat Cass. crim. 8 novembre 1967 Bull. crim. nº 675,G.P.1968.1.19.D.1968. 385.J.C.P.1968.II.15353.R.T.D.Com.1968.492.nº 2 obs. Bouzat. Adde Cass. Com. 13 juin 1974.J.C.P.1974.N.277. Comp. Rouen 22 janvier 1975 D.1975 som.88 R.T.D.Civ. 1975. obs. Cornu qui a refusé de voir dans le contrat de parking un contrat de garage, parce qu'aucun service n'était fourni par le prestataire. Sur la portée limitée de cette exclusion du service voir Cass. civ. 1e 15 janvier 1976 Bull. I. 19.

(4) G. Goubeaux, op. cité nº 137 et s. Comp. Cass. civ. 1e 27 avril 1976 [illegible]

(5) R. Barre, Economie Politique. P.U.F. coll. Thémis 10º éd. 1975. p. 154 et s.

6) L'utilisation d'éléments futiles comme éléments de qualification ne devrait pas étonner dans une société où le conditionnement du [illegible] par le superflu est - malgré la crise - une loi économique (cf. J.K. Galbraith, la science économique et l'intérêt général op cit. p. 14[illegible] et s.)

Dans le contrat d'hôtellerie, par exemple, l'utilité marginale de la chambre d'hôtel est faible, l'hébergement pouvant être obtenu par d'autres moyens moins coûteux. L'utilité marginale des services fournis est au contraire très forte, le client choisissant la formule hôtelière en raison justement de la spécificité de ces prestations.

Les mêmes constatations peuvent être faites pour le contrat de garage, le contrat de voyage ou le renting. L'existence de certains services - surveillance, organisation, maintenance - est l'élément qui détermine le client à choisir ces types de conventions.

660. La recherche de cette utilité marginale comporte un aspect subjectif. L'interprète doit rechercher l'utilité pour le bénéficiaire de ces prestations. Mais cette recherche peut aussi s'appuyer sur des éléments objectifs. Certains services conduisent en effet les prestataires à adapter "l'objet principal" du contrat. Dans les contrats de garage ou d'hôtellerie, les services fournis se traduisent par un aménagement particulier des locaux.

Ainsi les services contractuels modifient-ils profondément certains contrats qui deviennent de véritables contrats de services.

§ 2. Contrats de services et contrats nommés.

661. L'adoption d'une qualification nouvelle ne peut se faire sans justification. Le recours préalable à une catégorie nommée est nécessaire. Des raisons d'économie l'imposent d'abord. Il est est inutile de changer gratuitement d'appellation alors que la catégorie juridique existe, et qu'elle présente l'intérêt essentiel de fournir aux parties un cadre juridique supplétif les dispensant de détailler trop précisément les différentes obligations de leur contrat.

Le recours aux catégories nommées s'impose aussi pour éviter l'utilisation frauduleuse de catégories inommées. En effet, lorsque une qualification est soumise à des règles d'ordre public, l'utilisation de catégories voisines a souvent pour but d'échapper aux dispositions contraignantes de la loi (1).

Cette volonté peut exister aussi lorsque la loi est simplement supplétive. Certains contractants peuvent avoir intérêt à ce que des dispositions légales non formellement écartées, ne s'appliquent pas. Le recours à l'inommé est alors un moyen de modifier unilatéralement le champ contractuel.

Il ne fait donc pas de doute que le recours à l'inommé est toujours subsidiaire (2) et nécessite toujours le recours préalable à des catégories nommées (3).

A. Le recours au nommé.

602. Les contrats comportant des prestations de service n'ont pas tous la même structure. Certains sont homogènes et leur objet se limite à un seul type de prestations. D'autres, plus complexes, sont un combiné de diverses obligations. Certains enfin doivent être rattachés à d'autres contrats.

---

(1) Les tentatives doctrinales faites pour éviter l'application de la qualification de vente aux contrats dits de pompistes de marques, peut [illegible] à ce besoin. cf. Rodière et Champaud. A propos des pompistes de marque [illegible].I.1968. J.M.Mousseron et A.[illegible]. A propos des contrats d'assistance et de fourniture D. 1973 ch.197.tº aussi la qualification d'un contrat de parking en contrat sui generis afin d'exclure de cette convention toute obligation de surveillance. Rouen [illegible] janvier 1975 précité.

[illegible] Tarré. L'influence de la volonté individuelle op. cité nº 559 et s. idem nº 522 et s.

Pour qualifier ces contrats, il importe donc d'aller du contrat simple au complexe du contrat en passant par les contrats complexes (1).

a - les contrats simples.

663. Ces contrats ne comportent qu'une prestation ou qu'une série de prestations de même nature. Le prestataire s'engage à réaliser un travail précis - intellectuel ou matériel - de manière indépendante. La qualification de contrat d'entreprise s'impose donc. Les contrats d'entretien ou les contrats de conseils (2) rentrent dans cette catégorie. Dans ces hypothèses, la notion de service semble se confondre totalement avec la catégorie nommée.

Les problèmes de qualification ne se posaient traditionnellement pas. Le recours à une qualification innommée n'était proposée par la doctrine que pour les contrats complexes où plusieurs qualifications concurrentes peuvent apparaître.

b - les contrats complexes.

664. Les services se sont développés en se greffant sur des contrats existants, accroissant ainsi la complexité et la durée de l'opération. Ce phénomène peut se constater aussi bien dans le service après-vente que dans le "renting" ou l'ingenierie. Dans tous les cas, l'opération principale, au sens traditionnel, se trouve noyée au milieu des services qui naissent avant et se terminent après l'exécution de cette obligation principale.

(1) Sur ces distinctions, voir B. Teyssié, les groupes de contrats L.G.D.J. 1975. nº 21 et s.
(2) Flamme Le Paffe op. cité nº 2 p. 31.

Les raisons expliquant le développement de ces prestations sont nombreuses. A des motifs techniques s'ajoutent des motifs commerciaux. Le service est d'abord un argument publicitaire, dans la mesure où il est présenté comme une offre gratuite (1) effectuée en considération de la personnalité du client. Il est aussi un moyen non négligeable d'augmenter le prix de la prestation globale. L'appréciation exacte du prix du service - c'est-à-dire souvent la durée de travail nécessaire à sa réalisation - est difficile à établir avec précision (2).

665. L'importance économique et psychologique acquise par les services conduit à se demander si leur rôle ne doit pas devenir prépondérant dans la détermination des qualifications. Dans de nombreux cas cependant, le maintien des qualifications traditionnelles s'impose. Il en est ainsi lorsque les services manquent d'unité, ou s'articulent autour d'une obligation "de dare" (3).Il en est encore ainsi lorsque l'introduction des services n'aboutit qu'au passage d'une catégorie nommée à une autre catégorie nommée. L'exemple le plus net est celui du contrat de voyage qui est qualifié traditionnellement de mandat, mais est considéré le plus souvent comme un contrat d'entreprise en raison de la part prise par des prestations intellectuelles et matérielles (4). Il faut cependant noter que le changement de qualification s'est opéré entre des catégories voisines et parfois mal distinguées (5).Enfin, dans de nombreuses hypothèses, l'utilisation de catégories nommées, exclue pour déterminer la nature de l'opération, sert à préciser son régime. Une méthode consiste alors à qualifier le contrat non en fonction de la nature ou de l'objet des obligations, mais en fonction des modalités d'exécution de ces obligations. Tel est le cas du factoring, expliqué par la subrogation.

(1) sur la validité de ces pratiques, voir infra nº 618 et ss.
(2) Et l'on peut se demander s'il faut voir dans l'inflation des prix des services (cf. Le Monde 4 octobre 1975 par ex.) une cause ou un effet du développement des services. L'obligation imposée aux prestataires de services de fournir une facture témoigne de la gravité de cette question (voir Le Monde du 27 janvier 1976).
(3) cf. supra nº 654.
(4) voir supra nº 86 et ss.
(5) Mazeaud, Leçons T.III nº 1334 et 1335 - nº 1407.

Or cette qualification ne donne aucune indication sur la nature contrat. La doctrine s'est contentée d'utiliser une catégorie qui décrit les modalités générales d'exécution des diverses obligations, et cela dans un but essentiellement pratique.

Une autre méthode consiste à appliquer cumulativement plusieurs régimes juridiques différents. Il en est ainsi dans le contrat d'hôtellerie (1) ou dans l'ingenierie (2). Chaque fourniture conserve une autonomie relative et obéit à un régime propre.

Cette autonomie est parfois encore accrue. Chaque prestation fait alors l'objet d'un contrat indépendant. Ces diverses conventions sont liées entre elles et s'articulent dans un complexe de contrats (3).

c - les complexes de contrats.

666. Les services se retrouvent fréquemment dans ces ensembles. Ils portent souvent en effet sur un objet matériel, extérieur au contrat, mais qui en est le support nécessaire. Tel est le cas du service après-vente. Les contrats d'abonnement s'insèrent aussi souvent dans de telles structures.

Les groupes de contrats peuvent résulter de la répétition de contrats identiques et constituer des chaînes purement factuelles.

(1) Voir L. Moret, Le contrat d'hôtellerie art. précité p. 665 et s.
(2) voir supra nº 284 et ss. adde. B. Mercadal et Ph. Janin, Les contrats de coopération inter-entreprises op. cité nº 973.
(3) B. Teyssié, Les groupes de contrats op. cité.

Mais ces groupes sont fréquemment organisés selon des modalités complexes.

Un contrat dominant peut coordonner toute une série de contrats d'application dans le cadre d'une chaîne. Il en est ainsi essentiellement dans les conventions de distribution intégrée (1). Les contrats d'application peuvent être aussi bien des contrats de vente que des contrats de services, mais l'efficacité du contrat cadre suppose la fourniture de services spécifiques (2).

Un contrat principal peut aussi être le pivot d'une série de conventions nécessaires à la réalisation du contrat principal (3). Il en est ainsi pour les contrats de sous traitance, ou de licence de brevet, conclus dans le cadre d'un contrat d'ingenierie. Ces contrats reproduisent necessairement par fractionnement les clauses de la convention principale (4).

Enfin, les groupes de contrats peuvent dépendre de l'existence d'un lien financier, et s'articuler autour de la création d'une personne morale (5).

667. Dans toutes ces hypothèses, malgré les liens existants, l'utilisation des catégories nommées traditionnelles ne permet pas d'unifier les qualifications. L'existence d'un groupe de contrats de services, aura de profondes incidences sur les relations entre les partenaires (6). Elle n'apparaîtra pas dans la structure de la qualification.

---

(1). B. Teyssié op cité nº 74 et s.
(2) voir supra nº 418 et ss.
(3) B. Teyssié op. cité nº 247 et s.
(4) L'inverse peut aussi se produire. Le contrat principal peut n'être que la réunion des divers contrats passés avec les sous-traitants, les titulaires de brevets ou de Know-How. Cette situation se présente souvent lorsque le sous-traitant dispose d'un procédé exclusif et peut en conséquence imposer ses conditions à l'ingénieur.
(5) Voir supra nº 443 et ss.
6) B. Teyssié op. cité p. 159 et s.

Le recours au nommé malgré son utilité ne suffit donc pas pour exprimer la portée et la complexité des phénomènes juridiques propres aux services. Le recours à l'inommé est donc une nécessité.

B. Le recours à l'inommé.

668. Dans la conception traditionnelle des qualifications le recours à l'inommé ne se justifie que si les catégories préexistantes sont notoirement insuffisantes (1). Peu de services pourraient dans ces conditions justifier une qualification autonome. L'étude qui vient d'être menée a fait ressortir qu'il était presque toujours possible de rattacher les contrats de "services" à des qualifications connues.

Mais la subsidiarité de l'inommé ne signifie pas nécessairement incompatibilité. Elle peut vouloir dire complémentarité. L'analyse classique de la subsidiarité découle d'une conception moniste du Droit, selon laquelle une seule catégorie doit suffire à exprimer complètement un phénomène juridique. Mais le Droit n'est pas "un système consistant et complet de relations logiques d'où toutes les propositions pourraient être déduites selon des règles de raisonnement strictes (2)". Le juriste a besoin de concepts peu rigides, hybrides et même flous (3). La systématisation absolue des règles juridiques est impossible parce que nos catégories sont imparfaites et surtout parce que le Droit connaît des règles antinomiques qui sont le résultat de tensions ou de contradictions sociales (4).

---

(1) F. Terré, l'influence de la volonté individuelle... op. cité nº 565.
(2) L. Husson, nouvelles études sur la pensée juridique Dalloz 1974.p.228.
(3) idem p. 225 et s.
(4) Un exemple très net se trouve dans le dualisme de statut de certains concessionnaires qui sont des commerçants et des salariés. voir supra nº 424 et ss.

669. L'admission de catégories relatives est déjà un pas vers une analyse pluraliste (1), dans la mesure où il est admis qu'une qualification peut grouper des faits différents, il est implicitement admis que certaines contradictions existent.

En outre, il n'existe pas un seul niveau de qualification. Ces dernières peuvent être plus ou moins générales. Elles peuvent aussi varier en fonction du texte ou de l'institution à appliquer (2). Une qualification nouvelle peut donc co-exister avec une qualification pré-existante dès lors que ces deux notions répondent à des soucis différents. Des qualifications fonctionnelles, destinées à produire un résultat particulier, peuvent parfaitement se superposer à des qualifications conceptuelles (3), sans les faire disparaître.

670. Ces constatations ne suffisent cependant pas à rendre compte de toutes les interférences entre catégories diverses. Il faut au delà de la simple variabilité des catégories admettre l'existence de qualifications réellement antinomiques.

Il a sans doute toujours été admis qu'un même phénomène juridique pouvait connaître plusieurs qualifications (4), dans la mesure où les diverses catégories étaient de degrés différents et s'inséraient dans une chaîne déductive allant du général au particulier. Cette multiplicité exclue donc toute contradiction, et n'est qu'une manifestation du mécanisme du raisonnement déductif.

---

(1) F. Terré, l'influence de la volonté individuelle op. cité nº 635 et s.
(2) idem nº 625 et s.
(3) idem nº 638. Ces deux notions ne sont pas sans liens. La qualification deviendra conceptuelle, le jour où la fonction qu'elle assumait à l'origine sera oubliée.
(4) F. Terré, l'influence de la volonté individuelle. op. cité nº 634.

671. L'introduction d'une nouvelle catégorie, la catégorie générique des services, doit sans doute s'insérer dans ce système. Mais elle peut aussi dans certaines hypothèses co-exister avec des catégories différentes et éventuellement antinomiques.

Le recours à cette catégorie a été rendue nécessaire par l'émergence de nouvelles situations juridiques. Ainsi le législateur moderne - surtout dans la législation économique (1) - utilise-t'il souvent la notion de services, comme condition d'application de la loi. Il importe donc de déterminer avec précision ce qu'il faut entendre par service (2). Il est manifeste que dans cette hypothèse la qualification de service n'est pas la seule possible. Elle se juxtapose à d'autres qualifications nommées ou innommées.

La notion de services permet aussi d'apporter des précisions sur des catégories très génériques. Le vocable contrat d'entreprise notamment recouvre des catégories très variées de contrats. Les contrats de services sont souvent une de ces variétés. Ici la notion de service permet de distinguer entre les contrats d'entreprise aboutissant à la création d'un bien corporel et impliquant en conséquence un transfert de propriété et les autres contrats d'entreprise.

---

(1) Voir la législation sur les prix infra nº 787 et ss. Voir aussi pour les marques de services, supra nº 560 et ss.

(2) Cette question n'a cependant pas fait l'objet de développements doctrinaux importants. L'explication réside sans doute en ce que les problèmes de qualification ne se sont posés que pour des cas marginaux, dans la mesure où la notion de services est utilisée par le législateur moderne non pour distinguer mais pour confondre . En ajoutant au mot biens le mot services, le législateur espère saisir toutes les valeurs économiques.

L'utilité de la notion de services apparaît avec encore plus d'évidence pour les contrats complexes. Ce concept permet de faire ressortir des prestations nouvelles, devenues essentielles, mais qui n'apparaissent pas sous les qualifications traditionnelles : services pré et post contractuels ; services de conception ou de maintenance.

672. La notion de service n'a pas pour seul avantage de mettre en évidence certaines obligations. Elle rend compte d'une certaine "vision" des phénomènes juridiques.

Les classifications contractuelles ont toujours été construites autour de l'échange des biens corporels, que ce soit la vente, l'échange, le louage ou le dépôt. Les contrats portant sur des biens incorporels sont dans une large mesure une imitation de ces derniers (1). Dans toutes ces conventions, la propriété et son transfert éventuel commandent le sort des autres obligations. Cette conception reflète et exprime bien l'importance économique et psychologique des biens matériels dans notre société (2). Mais cette analyse devient insuffisante. La fourniture de biens nécessite la fourniture de services qui sont des modes de mise à la disposition et des modes de jouissance des choses. L'ingenierie clés en main, témoigne particulièrement de cette évolution. Ces contrats comprennent de plus en plus souvent des services nécessaires à l'exploitation de l'usine. La construction n'est plus qu'un élément parmi d'autres (3).

Le service a donc une double caractéristique. Il est une nécessité pour le producteur et sert à attirer (service pré-vente) et à fixer (service après-vente) la clientèle. Il est aussi une nécessité pour le client qui ne peut jouir du bien sans le service.

---

(1) Voir les tentatives faites pour assimiler la transmission de Know-How à une vente. Supra nº 477 et ss.
(2) cf. J.Carbonnier, les dimensions personnelles et familiales de la propriété in Flexible Droit, Dalloz 1971, 164 et s.
(3) P. Drouin. Le nouvel impératif industriel, Le Monde 20 mai 1975.

Or, ces aspects nouveaux n'apparaissent pas dans les qualifications traditionnelles. Rien n'interdit sans doute de ne voir dans le "renting" qu'une location de meuble corporel. Mais cette qualification laisse dans l'ombre les aspects essentiels de ce contrat qui en font son actualité.

673. La reconnaissance de la notion de services comme catégorie autonome implique que la finalité et l'utilité d'une opération soient retenues comme éléments essentiels de la qualification. Cette solution nécessite aussi la recherche de sous-catégories.

La distinction entre services matériels et services intellectuels a une importance primordiale dans la détermination des variétés de régime juridique des services. Mais cette classification ne permet pas de traduire complètement la finalité de l'opération. Un clivage apparaît beaucoup plus nettement entre les services aux particuliers et les services aux entreprises. (1).

Dans le premier cas, le service est un moyen de développement de la clientèle par le prestataire, soit directement lorsque le service est son activité principale, soit indirectement lorsqu'il n'est qu'un élément de fourniture d'un produit. L'utilisation de services par le client n'implique aucune recherche de plus value, aucun calcul économique, mais obéit seulement à une recherche d'utilité ou de confort. L'exécution de l'obligation du prestataire est pour le client, la cause et le but du contrat.

---

(1) Voir par ex. la récente obligation de facturer les services fournis aux particuliers (Le Monde 27 janvier 1976) ou en matière fiscale la possibilité pour les contribuables fournissant des services aux particuliers soumis à T.V.A., de ne comptabiliser ces services que globalement en fin de journée lorsqu'ils sont compris entre 50 et 800 francs (loi de finances 75-1278 du 30 décembre 1975. J.O. 30 décembre. article 60 II.

Dans le deuxième cas, au contraire, la finalité doit être recherchée au delà de l'exécution trait pour trait des obligations contractuelles. Les services ne sont plus seulement l'objet de rapports juridiques, ils sont un moyen de gestion de "l'entreprise". Ces contrats de services ont dans une large mesure pour finalité essentielle de permettre et d'assurer la collaboration inter-entreprises (1). Cet aspect n'apparaît pas dans la description de l'objet matériel de la convention et il n'apparaît pas non plus dans les qualifications nommées traditionnelles (2). Or, les diverses obligations contractuelles sont conçues pour permettre et pour développer cette collaboration. Les figures juridiques traditionnelles sont profondément modifiées , même si elles restent figées en apparence (3).

674. Les problèmes ne se posent plus seulement en termes de rapports inter-individuels du fait de leur insertion dans une stratégie industrielle.

Il est nécessaire pour interpréter un contrat ou pour en apprécier la licéité de le situer dans son contexte, et de prendre en considération son appartenance à un groupe de contrats ou d'entreprises.

---

(1) Voir par exemple B. Mercadal et Ph. Janin. Les contrats de coopération inter-entreprises, op. cité et supra nº 435 et ss.

(2) Comp. Y. Reboul, les contrats de recherche, thèse dactylographiée Montpellier 1974 nº 131, qui qualifie les contrats de recherche en commun de contrats d'entreprises croisés . Cette qualification n'est pas inexacte mais n'exprime pas l'essentiel : la collaboration qui apparaît aussi bien dans l'exécution des prestations que dans le financement de l'opération.

(3) Voir l'exemple des filiales communes qui comportent toujours des accords de "joint venture" en contradiction avec les regles de fonctionnement de ces sociétés. (F. Goré, rapport sur les filiales communes et le Droit Français des Sociétés, colloque de Paris II, précité février 1975).

Les effets de ces conventions en particulier sont ressentis au delà du cercle étroit des parties. Ils ont une influence sur de nombreuses personnes : salariés, sous-traitants notamment (1).

Dans toutes ces hypothèses, une nouvelle méthodologie doit donc être posée, méthodologie qui constitue les prolegomènes d'un Droit Economique en formation (2).

Le renouvellement des méthodes d'analyse et d'interprétation (3) ne se produit pas seulement dans le Droit des services. Toutes les institutions juridiques y sont sensibles (4). Ces bouleversements sont cependant particulièrement nets ici, en raison peut être de l'archaïsme des services traditionnels.

675. Ces transformations sont en effet le résultat de l'insertion des services dans le cadre industriel, et de leur soumission aux impératifs de la standardisation, de la spécialisation et de la productivité. Toute la politique de l'entreprise consiste alors nécessairement à détacher le service de l'empreinte du prestataire, afin d'en faire des valeurs d'échange comparables aux produits.

Dans le domaine des services, la cristallisation d'une activité humaine en biens est particulièrement évidente.

---

(1) Voir la loi 75.1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, qui oblige l'entrepreneur principal à faire agréer le sous-traitant par le maître de l'ouvrage, et qui organise au profit du sous-traitant une action directe et un système de cautionnement (J.C.P.1976.IV. 43698).
(2) G. Farjat, Droit économique op. cité p. 379 et s.
(3) B. Teyssié, Les groupes de contrats op. cité nº 267 et s. nº 411 et s. et nº 419 et s.
(4) G. Farjat. Droit économique op. cité p. 10 et s. et p. 29 et s.

SECTION II. LES SERVICES ET LES BIENS.

676. Il importe maintenant de rechercher en quoi l'appropriation de ces services modifie la relation d'appropriation elle-même. La "propriété" d'une idée ou d'un travail ne peut en effet être identique à celle d'une chose.

En outre, l'existence des services modifie parfois de manière sensible les rapports que certaines personnes ont sur des choses. Les services peuvent alors apparaître non seulement comme des objets d'appropriation, mais aussi comme des formes de l'appropriation.

§ 1. Les services, objet d'appropriation.

677. L'appropriation des services peut être consacrée et organisée par le Droit. Elle peut au contraire ne résulter que de comportements ou de prétentions individuelles. L'appropriation des services peut être propriété, ou peut n'être que possession.

A. Les services, objets de propriété.

678. La propriété des services n'est possible que si elle est organisée par un texte spécial. L'activité humaine est en principe libre et ne fait pas l'objet d'une protection privative. Les activités, à la

différence des choses n'ont pas vocation naturelle à être appropriées (1). Il n'en demeure pas moins que de nombreuses modalités permettent l'appropriation de certains services. Il importe cependant que la prestation présente certains caractères. Un minimum d'extériorité et de permanence sont nécessaires pour en permettre l'identification et la jouissance.

Ces qualités peuvent être intrinsèques. Le service sera alors approprié directement. Cette possibilité est cependant exceptionnelle. Le service devra le plus souvent être identifié par des signes extérieurs qui permettront alors une appropriation indirecte.

a. L'appropriation directe.

679. L'appropriation peut porter sur l'activité elle-même. Mais cette possibilité est limitée. Le résultat de l'activité peut seul être approprié dans de nombreuses circonstances.

1/ L'appropriation de l'activité.

680. Une activité, un travail ne constitue une prestation de service que si le bénéficiaire de la prestation n'est pas le prestataire. Le travail personnel fourni par un commerçant pour accroître ou maintenir sa clientèle est sans doute un élément essentiel du fonds de commerce (2), mais il ne constitue pas un service.

(1) Comp. J.M. Mousseron, in les Services Communs d'Entreprise Act. droit de l'Entreprise. Montpellier 1972 p. 214.
(2) Ex. Ripert et Roblot. I. nº 530.

Le travail des salariés est aussi un moyen important d'attirer la clientèle. Le fonds de commerce représente pour une part importante l'appropriation par le commerçant de ce travail. Mais là encore, il ne s'agit pas de prestation de service en raison du caractère subordonné de ce travail.

Le fonds de commerce peut cependant permettre une appropriation de certains services. Le développement d'une clientèle nécessite souvent la détention d'un important savoir faire (1), qui devient un élément essentiel du fonds de commerce. Mais cette appropriation n'est jamais exclusive, et elle n'est assurée que dans les limites de l'appartenance à un ensemble.

681. Les apports en industrie permettent aussi de réaliser une appropriation directe de certains services. Mais cette appropriation est imparfaite dans la mesure où ces apports ne peuvent concourir à la formation du capital (2).

Ces apports jouent un rôle très limité dans les sociétés de droit commun et ils sont même parfois interdits (3). Ils ne connaissent un développement important que dans certaines sociétés de services, les sociétés civiles professionnelles (4).

Si l'appropriation de l'activité de service en tant que telle est très difficile, il n'en vas pas de même de l'appropriation du résultat, qui se conçoit plus aisément.

---

(1) sur l'importance jouée par la maîtrise de certaines connaissance. A. Lucas. La protection des créations industrielles abstraites op. cité nº 40 et 41. adde. P. Gonod et autres, art. précité p. 26 et 16.
(2) Hamel et Lagarde. I nº 396.
(3) Il en est ainsi dans les S.A.R.L. et dans les sociétés anonymes. Ripert et Roblot nº 924 et 1086.
(4) Infra nº 743 et ss.

2. L'appropriation du résultat.

682. Cette appropriation est possible chaque fois que la prestation conduit à un résultat durable susceptible d'être reproduit. Les activités de recherche par exemple aboutissent fréquemment à la mise en oeuvre de brevets (1). Ces derniers constituent le moyen privilégié de s'approprier le résultat d'une prestation de service. Certaines conditions de la brevetabilité traduisent ce phénomène. Il en est ainsi de l'activité inventive. Le brevet n'est en effet que "la réalisation d'une innovation qui résulte d'une certaine action de création de la part de son auteur"(2). La brevetabilité consacre donc nécessairement un apport scientifique résultant d'un travail intellectuel et réalisant un progrès dans l'état des connaissances (3).

(1) Voir supra nº 248 et ss.
(2) P. Mathely, la réforme apportée par la loi de 1968 dans l'appréciation de la brevetabilité, Mélanges Bastian. Lib. Tech. 1974.p.269 et s. et particulièrement p. 270 et 275.
(3) F. Panel, inventions, innovations et brevets en France Mélanges Bastian précité p. 295 et s. et particulièrement p. 305. F. Savignon Nouveauté et Progrès, in Melanges Bastian op. cité p. 367 et s. et particulièrement p. 365 nº 6. J. Schmidt, l'invention protégée. Lib. Tech. coll. C.E.I.P.I.1972 nº 10 et s.

Les brevets sont donc un mode normal de patrimonialisation de certaines activités de services. Cette patrimonialisation a l'avantage incomparable de permettre des transferts de propriété comparables à ceux opérés sur les choses (1). Mais si le brevet suppose le plus souvent des prestations de services préalables (2), il inclut aussi leur disparition.

---

(1) Une différence doit cependant être relevée. Dans le transfert de propriété de choses, la fabrication et le transfert de propriété peut se réaliser par une seule opération juridique : le contrat d'entreprise. Au contraire, en matière de brevets, il faut que se superpose au contrat de recherche, variété de contrat d'entreprise, la prise de brevet et éventuellement sa cession. Cette situation tient à ce que le brevet n'est pas un mode général d'appropriation des activités intellectuelles. Il suppose la réunion de nombreuses conditions - nouveautés, caractère industriel - et une reconnaissance officielle (J.Schmidt, l'invention protégée Lib. tech. coll. C.E.I.P.I. 1972). Dans le domaine des propriétés incorporelles l'appropriation n'est en effet possible qu'apres une double intervention étatique. D'une part, la loi détermine limitativement les valeurs susceptibles d'être appropriées, d'autre part l'Etat recense et contrôle les valeurs individualisées faisant l'objet d'une appropriation (cf. J. Schmidt op. cité nº 22 et s.). L'Etat ne se limite donc pas à fournir les cadres d'acquisition de droits subjectifs. Il s'intéresse au contenu concret de ces droits. Comp. les droits socialistes qui considèrent qu'il existe des différences radicales entre les propriétés corporelles et les propriétés incorporelles. Ces dernières sont le résultat d'une activité créatrice, et le droit de l'inventeur ne peut être assimilé à un droit réel. Ainsi, une grande souplesse peut-elle être introduite dans le régime de ces droits qui ne sont pas soumis aux règles strictes de la propriété socialiste (R. Bystrycky, la coopération économique et industrielle entre l'Est et l'Ouest et les lois générales de l'édification socialiste, Ann. Etudes Intern. 1974 p. 28, particulièrement p. 56 et s.

(2) La recherche antérieure à l'invention peut s'inserer dans d'autres cadres juridiques que les contrats de services. Il en est ainsi, dans le cas d'invention personnelle, ou dans le cas d'invention consécutive à l'exécution d'un contrat de travail.

Ces quelques remarques sont valables aussi pour les droits de propriété littéraire et artistique qui protègent de manière imparfaite, parcellaire et temporaire le résultat de certaines activités artistiques. Dans tous les cas l'appropriation suppose la disparition du service et ne peut donc constituer - stricto-sensu - une appropriation de ces dernières. Seule une appropriation indirecte semble donc envisageable.

b) L'appropriation indirecte.

683. L'appropriation indirecte ne porte pas sur la prestation, mais sur son environnement matériel, c'est-à-dire en pratique sur les signes représentant, décrivant ou se référant au service considéré.

Cette possibilité a été reconnue en France par la loi du 31 décembre 1964 consacrant les marques de service (1).

Mais cette appropriation ne vas pas sans créer de nombreuses distorsions. Le caractère descriptif et publicitaire de ce type de marque prend souvent la part sur le caractère distinctif (2). De même, en raison du caractère fugitif des services, le signe par sa matérialité désigne essentiellement l'entreprise, même si symboliquement il renvoie à la prestation. Les ambiguités de la marque de service soulèvent en conséquence des difficultés originales (3).

L'appropriation des services se heurte en définitive à d'assez nombreuses difficultés juridiques et techniques. Ces insuffisances ont conduit les praticiens à rechercher une appropriation de fait.

---

(1) Voir supra nº 551 et s.
(2) C.E. 30 octobre 1970.J.C.P.1971.II.16650. n.M.A.Perot Morel - A. Françon La prohibition des marques descriptives en Droit Français in Hommage à H. Desbois Dalloz. 1974. p. 127 et s.
(3) Voir supra nº 572 et ss.

B - Les services, objets de possession.

684. De nombreuses connaissances ou innovations de grande valeur économique ne sont pas protégées privativement pour des raisons d'opportunité économique ou du fait d'impossibilités matérielles (1). Les entreprises les traitent cependant en véritable biens et cherchent à s'en réserver l'usage exclusif, par divers procédés : protection contractuelle, recours à la responsabilité civile, secret, etc... (2). Ces procédés ne permettent jamais la constitution d'un droit privatif, mais conduisent fréquemment à une sorte de possession (3).

Cette terminologie fait ressortir clairement l'attitude des détenteurs de savoir-faire, qui cherchent à imiter les droits de propriété industrielle. Elle témoigne aussi de leurs pouvoirs limités. Dès lors que le détenteur est dépossédé - sans fraude - il ne peut plus prétendre à une réparation. Cette terminologie souligne enfin la tendance générale à l'appropriation de toutes les valeurs susceptibles d'échanges économiques.

685. L'assimilation avec la possession des choses ne peut cependant être menée très loin. Les possessions intellectuelles, n'ont pas de régime juridique propre, et elles n'ont pas de vocation à devenir propriété (4).

---

(1) voir supra nº 472 et 473.
(2) voir supra nº 477 et ss.
(3) voir supra nº 496 et ss.
(4) Cette solution est aussi celle de la plupart des pays socialistes. Elle a été rendue nécessaire par le développement du commerce international qui implique des transferts de ces connaissances, transferts que le système de propriété socialiste rendait impossible (R. Bytrycky, art. précité p. 56 et 11).

En outre, ces possessions incorporelles ne recouvrent pas toutes les valeurs économiques immatérielles. Tous les services ne sont pas susceptibles de possession. Des conditions tenant à l'utilité économique et à l'existence d'un secret doivent exister pour rendre cette détention efficace (1).

Il est certain, malgré ces limites qu'une nouvelle catégorie juridique a pris naissance sous le vocable de Know-How. De très nombreux "produits intellectuels", allant des tours de mains industriels aux programmes d'ordinateurs en passant par les techniques de gestion, peuvent rentrer dans cette qualification. Ces possessions incorporelles sont nées de l'existence de nouveaux objets d'appropriation. Mais elles ont, par là même, modifié la relation d'appropriation. Des services peuvent même dans certaines hypothèses, constituer la forme originale de l'appropriation, en permettant une dissociation des attributs de la propriété.

§ 2. Les services, formes de l'appropriation.

686. Cette dissociation des attributs de la propriété suivant de nouvelles modalités, se réalise différemment selon que l'appropriation est collective et utilise des formes sociales ou selon qu'elle est individuelle.

A. Les formes sociales.

687. Les sociétés sont des sujets de droits, mais leur fonction économique est essentiellement de permettre une appropriation collective. Les sociétés pourraient donc être analysées comme un mode original d'appropriation collective des choses (2). Il est cependant inutile d'étudier toutes les sociétés qui fournissent des services. La notion de service

(1) voir supra nº 467 et ss.
(2) Planiol, Traité élémentaire I. nº 671 et s. F. Galgano. Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil in travaux de l'association H. Capitant 1969.t. XXI Dalloz 1974 p.5 et s. et particulièrement p. 17 et s.

n'en serait pas mieux éclairée. Il serait en outre assez vain ici de prétendre reconstruire la théorie de la personnalité morale. Il n'en demeure pas moins cependant que dans de nombreuses situations, la création d'une personne morale a pour seul objet la réalisation d'une propriété collective échappant aux difficultés de l'indivision (1). Certains de ces groupements ne peuvent réaliser cette appropriation qu'en développant les services fournis aux associés. Les services deviennent ainsi un mode d'appropriationL'exemple le plus remarquable de ce processus est constitué par la multipropriété (2) nommée aussi propriété spatio-temporelle(3)(I)Un autre exemple en est fourni par les sociétés d'investissements à capital variable (II).

I. La multipropriété.

688. Cette terminologie est en réalité trompeuse (4). La "multipropriété" n'est qu'une multijouissance (5). Chaque associé bénéficie en effet du droit d'utiliser un appartement donné,pendant une période limitée chaque année. Cette formule veut réaliser socialement, une étape intermédiaire entre la location et la propriété des résidences secondaires (6).

---

(1) Voir C. Champaud, Les groupements et organismes sans personnalité juridique en Droit Commercial Français, in travaux de l'association H. Capitant précité p. 118 et s. et particulièrement p. 126 et s. Voir aussi pour les sociétés d'attribution et de gestion des immeubles Cl. Gourdon, une nouvelle forme d'appropriation de l'immeuble d'habitation : les sociétés de gestion, in melanges Savatier p. 317 et s. Ph. Jestaz, vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière D. 1972.ch. 177 nº 49 et nº 71 et s.

(2) M. Dagot et P. Spiteri. A la recherche de la multipropriété J.C.P. 1972.I.2481.

(3) N. Doyon. La propriété spatio-temporelle. J.C.P.1974.I.2599 Adde N. Doyon et A. Zurfluh, La propriété à temps partagé et ses problèmes Act. jur. P.I. 1976.374.

(4) Le terme multipropriété constitue semble-t'il une marque déposée (Dagot et Spiteriart. précité nº 1). Il est permis de se demander si un tel sigle ne constitue par une marque déceptive. Plus que d'une multiplication de la propriété il s'agit en réalité d'une disparition de cette dernière.

(5) Dagot et Spiteri art. précité nº 10.

(6) Ph.Jestaz vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière art. precité nº 54 et 74. N.Doyon art. precité nº 5.Comp.Dagot et Spiteri art. precité nº 17.

L'originalité - masquée par les praticiens - tient à ce que les bénéficiaires de ce droit ne sont pas propriétaires, mais simplement associés d'une société d'attribution (1), seule propriétaire de l'immeuble. Le droit de jouissance, représenté par une part sociale (2) ne peut en aucun cas être assimilé à un droit réel (3).

La mise en oeuvre concrète de cette formule (4) nécessite le développement de nombreux services. D'abord la Société, en tant que propriétaire de l'immeuble est amenée à jouer le rôle d'une société de gestion (5). Il lui appartient de fournir, ou de faire fournir, toutes les prestations nécessaires à la maintenance de l'immeuble : entretien, chauffage, services communs divers, etc... .

Le développement de ces tâches de gestion est même une condition indispensable pour le bon fonctionnement de la multipropriété. Dans cette forme d'appropriation, la notion de partie privative disparaît. Il existe sans doute des différences de degré dans l'utilisation des diverses parties de l'immeuble. Il n'existe plus de différences de nature.

---

(1) Ph. Jestaz vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière art. précité nº 54 et 75. M. Doyon art. précité nº 5.Comp. Dagot et Spiteri art. précité nº 17.

(2) Une conséquence à en tirer est que ce droit est temporaire et est lié à la durée de vie de la société. Une autre conséquence importante est la possibilité de limiter la libre cessibilité de ce droit. Ces solutions rendent la formule hasardeuse et peuvent faire courir des risques importants à des candidats à la propriété, mal informés. V. Dagot et Spiteri, art. précité nº 10 et nº 15 et s.

(3) Dagot et Spiteri art. précité nº 5 et s.

(4) Cette technique soulève en outre de délicats problèmes au regard du droit des sociétés (Dagot et Spiteri art. précité nº 17 et s.) et au regard du droit de la construction (Doyon, art. précité) qu'il est impossible de traiter ici.

(5) Voir Cl. Gourdon.Les Sociétés de gestion, art.précité p. 333 et s.

Les "parties communes" peuvent être utilisées par tous les associés alors que les appartements ne sont communs qu'à certains associés. Ce système suppose nécessairement l'extension des services communs. Il s'agit en réalité d'une multiplication des prestations dans la mesure où les services fournis dans les appartements sont par nature plus nombreux et plus complexes que les services traditionnels d'entretien fournis dans les parties communes des immeubles "ordinaires".

De véritables prestations hôtelières se développent : blanchissage, nettoyage, réparation, etc... (1). Les pseudo-propriétaires ne doivent pas avoir la responsabilité de l'équipement et de la maintenance de leur résidence afin de prévenir tout risque de conflit insoluble entre co-utilisateurs.

La "multipropriété" - au delà de tous les problèmes de licéité qu'elle peut soulever - aboutit donc à une dissociation très nette des modalités d'appropriation à travers la distinction entre propriété et utilisation. Ce dualisme implique la fourniture de certains services. Le rôle des services est comparable dans les sociétés de services financiers.

II. Les Sociétés de services financiers (Les S.I.C.A.V.)

689. Les petits épargnants ne peuvent guère gérer leurs portefeuilles de valeurs mobilières. La gestion par une banque est coûteuse et n'est réellement rentable que pour des portefeuilles importants (2).

---

(1) Dagot et Spiteri, article précité nº 20 et s. N. Doyon art. précité nº 13.
(2) Voir supra nº 107 et ss.

Les sociétés d'investissements ont justement pour rôle de se substituer aux épargnants dans la gestion des valeurs mobilières. Ces sociétés, encouragées fiscalement, doivent leur assurer une sécurité complète. C'est pourquoi elles ont été assez étroitement réglementées par une ordonnance du 2 novembre 1945, plusieurs fois modifiée.

Il est inutile ici de traiter de tous les types de sociétés d'investissement. Aussi ne sera-t'il question, à titre d'exemple, que de la forme la plus utilisée, les sociétés d'investissement à capital variable (S.I.C.A.V.) (1).

Les S.I.C.A.V. ont été créées par un décret nº 1341 du 28 décembre 1957 et elles sont actuellement régies par l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifiée par un décret du 17 juillet 1967. Ces sociétés se caractérisent par la spécificité de leur objet social qui impose l'adoption de formes particulières.

a) L'objet social.

690. Les S.I.C.A.V. doivent gérer des portefeuilles de valeurs mobilières au profit des épargnants (2). La composition de ce portefeuille est strictement réglementée. Il doit en particulier comporter essentiellement des titres cotés en bourse (3).

---

(1) Sur les S.I.C.A.V., voir A.N.S.A. Les Sociétés d'investissement à capital variable 1964. Galais. Hamonno. Les S.I.C.A.V. P.U.F. 1969 Y. Brogniart, les sociétés d'investissement à capital variable, thèse dactylographiée Dijon 1970.

(2) Article 6 de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

(3) Article 5-6 de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Les S.I.C.A.V. ne doivent pas non plus avoir des participations supérieures à 5 % des titres émis par une collectivité, ni employer en titres d'une même collectivité plus de 5 % des sommes placées et des sommes disponibles pour le placement. Cette règle a pour objet d'éviter que les S.I.C.A.V. deviennent des sociétés de gestion de sociétés (1). Elles doivent mettre leur savoir faire (2) au profit des épargnants, devenus associés de la société.

La création d'une personne morale a des effets importants. Elle introduit entre l'épargnant et le titre un écran. La S.I.C.A.V. est seule propriétaire des titres composant son portefeuille. Elle seule peut donc effectuer les diverses opérations juridiques sur les titres, y compris les actes de disposition, mais en raison de son objet, ces actes doivent avoir pour seule finalité l'accroissement du portefeuille. La gestion de la S.I.C.A.V. implique en particulier que l'acte soit exclusif de toute idée de spéculation, de financement ou de contrôle. Le but recherché doit être d'atteindre la meilleure rationalité possible des placements effectués.

La création d'une personne morale regroupant les divers épargnants permet de diviser les risques et permet d'assurer une gestion plus saine et plus équilibrée que celle résultant d'une gestion individuelle. Ce soucis explique aussi la forme juridique des S.I.C.A.V.

---

(1) Y. Brogniart op. cité nº 373 et s.
(2) Ce savoir-faire est généralement celui des principales banques. Sur les rapports des S.I.C.A.V. avec lesbanques voir Gavalda et Stoufflet, op. cité nº 99.

b) La forme utilisée.

691. Ces sociétés sont des sociétés anonymes à capital variable. Elles sont donc soumises aux règles régissant les sociétés anonymes. Elles connaissent aussi des dispositions spécifiques destinées à protéger les épargnants devenant actionnaires de ces sociétés (1). Mais leur particularisme essentiel réside dans la variabilité du capital. Cette variabilité est nécessaire pour permettre aux actionnaires de ne pas être prisonniers de leurs titres. Ils doivent pouvoir entrer et sortir de la société sans avoir à vendre les titres sur le marché de valeurs mobilières (2). Les S.I.C.A.V. peuvent donc racheter leurs actions ou en émettre de nouvelles sans faire intervenir l'Assemblée générale des actionnaires. L'ordonnance de 1945 organise un système de variabilité très simplifié (3), pour faciliter ces mouvements.

Ces règles de fonctionnement permettent ainsi d'adapter les S.I.C.A.V. à leur double finalité : permettre une appropriation collective d'un portefeuille important et en confier la gestion à une société spécialisée, disposant d'un important savoir-faire. La fourniture de services permet ici de réaliser ce double objectif.

L'importance des services comme condition et moyen de nouvelles formes d'appropriations se retrouve dans certaines formes individuelles.

---

(1) Ainsi les valeurs mobilières constituent elles les seuls apports en nature possible (art. 7 ord. 2 novembre 1945). De même, les actions doivent-elles être entièrement libérées dès la souscription, etc...
(2) A.N.S.A. op. cité p. 9 et s.
(3) Il en est ainsi en particulier pour les modes d'évaluation du prix ou pour les formalités à accomplir.

B. Les formes individuelles.

69 2. De nombreux contrats de services aux entreprises ont pour effet de dissocier la jouissance d'un bien de sa gestion et de son financement. La propriété est alors une garantie de financement.

La location de biens techniques (1) et le travail temporaire (2) sont deux exemples remarquables de ce phénomène. La dissociation des rapports d'appropriation se produit par l'introduction dans le rapport existant entre l'objet approprié et le bénéficiaire, d'un tiers, le prestataire de service. Ces entreprises permettent en définitive de modifier les relations des personnes aux biens, en dehors des catégories figées des droits réels. La notion de prestataire de service apparaît clairement comme un élément essentiel d'une politique de gestion de l'entreprise. Il importe en conséquence de mieux apprécier sa qualification juridique.

---

(1) voir supra 320 et ss.

(2) voir supra nº 381 et ss.

CHAPITRE II. LA NOTION DE PRESTATAIRE DE SERVICES.

693. Le rôle du prestataire est essentiel. Le passage d'activités individuelles et autarciques à des activités professionnelles exercées par des entreprises liées au système industriel est une des causes essentielles des bouleversements que connaît le secteur des services. L'étude de l'entreprise prestataire de service conditionne tout essai d'analyse globale du phénomène.

Une telle étude suppose cependant qu'un parti soit pris clairement sur la notion d'entreprise. Ce concept, s'il est très utilisé (1) demeure en effet très imprécis (2).

---

(1) Parmi de nombreuses autres utilisations V. surtout la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et sur la liquidation des biens et l'ordonnance du 22 septembre 1967 sur la suspension provisoire des poursuites. La référence à l'entreprise est encore plus fréquente en droit du travail, sans avoir d'ailleurs nécessairement la même signification. V. par exemple l'ordonnance du 22 février 1945 modifiée par la loi du 18 juin 1946 sur le comité d'entreprise.

(2) Voir parmi une abondante doctrine Ripert, Les aspects juridiques du capitalisme moderne 1946. M. Despax, l'Entreprise et le Droit L.G.D.J. 1957. J. Paillusseau, la société anonyme technique d'organisation de l'entreprise Mélanges Voi in p. 209. P. Durand, rapport sur la notion juridique d'entreprise, Travaux Association H. Capitant 1947 p.45 et s. Y. Lambert. Faivre, l'entreprise et ses formes juridiques R.T.D.Com. 1968.907. G. Farjat, Droit économique op. cité p. 85 et ss.

Les deux aspects juridiques caractéristiques de l'entreprise de services, ses activités et ses formes juridiques, ne pourront donc être examinées qu'après un paragraphe préliminaire sur la notion d'entreprise.

§ Préliminaire : La notion d'entreprise.

694. La doctrine commercialiste moderne a fait du thème de l'entreprise l'objet essentiel du droit économique et du droit commercial (1). L'accord à cet égard est à peu près unanime sur la définition de l'entreprise envisagée comme une organisation groupant des facteurs matériels et humains en vue de produire certains biens ou services (2). Les divergences sont par contre nombreuses sur le rôle que doit jouer cette notion.

Pour certains auteurs, l'entreprise doit être considérée comme un sujet de droit naissant et autonome, réalisant la symbiose des intérêts complémentaires des travailleurs et des apporteurs de capitaux (3).

---

(1) Champaud, contribution à la définition du droit économique D. 1967.215. P. Didier, Droit Commercial I p. 1 et s. et particulièrement p. 15 et s. Champaud et Paillusseau l'entreprise et le droit commercial A. Colin Dossiers U.2.1970. Comp. Farjat op cité p. 419 et s. A. Jacquemin. Le droit économique serviteur de l'économie R.T.D. Com. 1972.285.

(2) J. Paillusseau, op cité p. 67. M. Despax op cité nº 224 et s.

(3) M. Despax op. cité nº 351 et ss.

Pour d'autres, cette conception est inutile et irréaliste. L'entreprise est une réalité économique et sociale réunissant salariés et capitalistes. Il est inutile de "juridiciser" cette cellule sociale qui s'exprime parfaitement à travers le droit commercial et le droit du Travail (1). L'entreprise n'est plus un sujet de droit, mais devient un mode d'interprétation des concepts juridiques. Le recours à cette notion doit permettre de surmonter d'éventuelles contradictions - niées d'ailleurs à priori (2) - entre le Droit du Travail et le Droit commercial et il doit surtout permettre d'interpréter, d'infléchir ou même de négliger les textes juridiques en "décalage" avec la réalité économique (3). Le concept d'entreprise dans cette conception est le lieu privilégié de mise en oeuvre de la prépondérance de l'Economie sur la norme juridique.

---

(1) J. Paillusseau op cité p. 98 et s. et p. 107 et s.
(2) idem p. 100 et 112.
(3) idem p. 75 et s. et p. 105 et s. Certaines interprétations contra legem de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens sont significatives du rôle joué par la notion d'entreprise, et des impasses qui peuvent en découler. Voir notamment Cass. Com. 8 novembre 1973. D.1974.53. note A. Honorat et F.D. R.T.D. Com. 1973.891 obs. Houin. J.C.P. 1975.II.18006. n. A. Touhiana Ass. plen. 13 février 1976. D. 1976. 237. conclusion Schmelck, note Derrida et Honorat. Voir aussi les thèses soutenues par Monsieur F. Derrida, qui voudrait faire table rase de tout ce qui porte atteinte à la "permanence" de l'entreprise. F. Derrida, le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté spéciale dans le règlement judiciaire et dans la liquidation de biens D. 1967 et 251 et les notes qui ont suivi au D. 1972. 256 et 259 et au D. 1973.170 et 393.

La notion d'entreprise prétendait être dans la première tentative, une qualification conceptuelle. Elle n'est plus dans cette seconde analyse qu'une catégorie fonctionnelle (1)(2). Ces deux démarches se distinguent donc par leur degré de "théorisation" mais elles répondent toutes deux au même souci fondamental. Elles prétendent découvrir un intérêt propre à l'entreprise synthétisant les aspirations des divers participants (3).

695. Cette "découverte" est tirée de certaines analyses économiques. L'entreprise est conçue par les économistes comme la cellule de base du mécanisme de l'échange (4). Les entreprises - assimilées à l'entrepreneur - sont les éléments du marché sans aucun pouvoir propre. Ce schéma est cependant modifié du fait du développement de grandes entreprises en situation de monopole ou d'oligopole. Malgré les divergences d'appréciation des auteurs (5), le pouvoir planificateur de la grande entreprise est affirmée (6). L'entreprise dans ce dernier

(1) sur cette distinction, voir F. Terré, l'influence de la volonté individuelle op cité nº 638.

(2) Cette seconde analyse se veut moins ambitieuse que la première mais apporte beaucoup plus de troubles dans nos conceptions juridiques. Dans la thèse de l'entreprise sujet de droit, il s'agit simplement de faire rentrer une notion économique dans une catégorie juridique pré-existante. Au contraire dans la thèse soutenue par M. Paillusseau, l'entreprise devient un principe d'interprétation qui modifie profondément les rapports entre fait et norme. Le phénomène économique n'est plus seulement l'objet de la science juridique, ni même "l'inspirateur" de la règle de droit. Il en devient le censeur. La mise en oeuvre du droit positif, c'est-à-dire la méthode du juriste est subordonnée à l'opportunité économique.
Cette solution serait moins contestable si la science économique fournissait des certitudes et si le juriste n'était pas tenté de confondre science économique et politique économique (comp. A.Jacquemin op cité p. 283 et s. et Farjat op cité p. 18 et s. et p. 38 et s.)

(3) M. Despax op cité nº 383. J. Paillusseau op cité p. 196 et s.

(4) J. Houssiaux, le pouvoir de monopole, essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain Paris Sirey 1958.p.105.R.Barre, Economie Politique I Themis Puf p. 300.

(5) Voir J.K.Galbraith, Le nouvel état industriel op cité p. 205 et s. La science économique et l'intérêt général op cité p. 28 et s.

(6) J.K.Galbraith, Le nouvel état industriel op cité p.35 et s.La science économique et l'intérêt général op cité p. 107 et s.

cas n'est plus soumise au marché mais lui dicte sa loi. Cette transformation permet de comprendre pourquoi les juristes ont à leur tour fait ressortir le rôle de l'entreprise.

Mais quelle que soit leur conception, les économistes n'envisagent l'entreprise qu'à travers sa "volonté externe" : la maximisation du profit, et à travers les rapports inter-entreprises. L'intérêt de l'entreprise n'est envisagé que dans ses relations avec le marché (1). La doctrine juridique constatant l'existence de ces unités économiques en a conclu à l'existence d'une unité ouverte entre les éléments les composant, unité scellée par un intérêt commun, distinct de celui des différents membres (2). Les thèses de certains économistes (3) rejettant la maximisation du profit - c'est-à-dire l'intérêt des apporteurs de capitaux - comme souci essentiel de la grande entreprise ont semblé confirmer cette conception. Mais ces économistes ne prétendent pas découvrir un intérêt de l'entreprise différent de celui des détenteurs du pouvoir et leur thèse est en outre souvent contestée. Toutes ces divergences rendent téméraire l'affirmation par les juristes, comme d'une vérité scientifique, de l'existence d'un intérêt spécifique de l'entreprise.

696. Ces conceptions injustifiées économiquement ne sont pas nécessaires à l'analyse juridique.

La thèse de l'entreprise sujet de droit naissant est très largement erronée (4). Le Droit connaît en effet des formes juridiques permettant aux agents économiques d'être sujets de droit. La reconnaissance de la personnalité morale de l'entreprise permet essentiellement de systématiser la critique de la théorie classique de la commercialité (5) et

---

(1) J.K.Galbraith, le nouvel état industriel op cité p. 218.
(2) M. Despax op cité nº 383. J.Paillusseau op cité p. 196 et s.
(3) J.K.Galbraith, le nouvel état industriel op cité p. 153 et s.
(4) Paillusseau op cité p. 101. Farjat op cité p. 104.
(5) Van Ryn. Principes de droit commercial T.1 nº 36
Didier, Droit commercial. op cité p. 15 et s.

elle permet d'ajouter un argument à la revendication de l'autonomie du patrimoine commercial (1). Or ces deux points sont négligeables. La critique de la commercialité repose essentiellement sur une critique de la classification des actes de commerce. La solution à cette question ne se trouve pas nécessairement dans l'élaboration du concept d'entreprise. Le recours à cette notion est très accessoire dans le débat sur l'autonomie du patrimoine commercial (2).

Le seul véritable intérêt de la personnalisation de l'entreprise serait d'en faire la pierre angulaire d'un droit des groupes (3). Or un tel espoir est vain, à moins de donner au mot entreprise une signification totalement étrangère aux analyses des économistes, ce qui reviendrait à nier l'objet initial de la démarche. En effet, l'entreprise pour les économistes est dotée de l'autonomie patrimoniale (4). Et le groupe de sociétés recouvre souvent plusieurs entreprises distinctes (5). Il ne subsiste en définitive de ce thème que l'idée de l'existence d'un intérêt spécifique.

---

(1) Y. Lambert.Faivre, l'entreprise et ses formes juridiques R.T.D. Com. 1968.907.

(2) R.Houin, intervention au colloque de Rennes sur le Droit des Groupes de Sociétés p. 229. Litec 1972.

(3) M. Despax op cité p. 108 et s.

(4) Farjat op cité p. 95 et s. J.Houssiaux op cité p. 105.

(5) Champaud, le pouvoir de concentration de la société par actions nº 375 et s. Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique in Travaux de l'association H. Capitant. T.XIII.1962. Dalloz 1964 p. 118 et s. et particulièrement p. 139.

697. Or cette idée, reprise dans un souci d'adaptation du Droit à l'Economie (1) ne traduit aucune vérité scientifique, et n'exprime aucune réalité juridique.

L'entreprise est la réunion dans un même lieu et sous une autorité unique du capital (concrétisé sous la forme d'immeubles, de machines ou de stocks) et des travailleurs. La domination du chef d'entreprise (2) ne s'exerce pas de manière identique sur le capital - c'est-à-dire sur une chose - et sur les travailleurs. Dans le premier cas, elle se traduit par la propriété, dans le second, elle se traduit par un lien contractuel caractérisé par une relation de subordination. Mais cette domination existe dans tous les cas et elle est une condition de la combinaison de ces deux facteurs. Il n'y a donc pas dans l'entreprise union de deux classes - les capitalistes et les salariés - mais union de personnes (les travailleurs) avec des choses (le capital) sous l'autorité d'une ou plusieurs autres personnes. Le chef d'entreprise ne réalise pas le symbiose du capital et du travail, il les domine ce qui est sensiblement différent.

(1) voir supra nº 694 - sur les critiques de l'économisme. Voir Farjat op cité p. 386 et s. A. Lyon Caen, Le contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques, Thèse Paris II 1975 nº 335 et ss. Comp. dans un domaine proche, celui du passage du fait social à la règle de droit, Ripert, les forces créatrices du Droit L.G.D.J. 1955 nº 25 et s. qui n'admet pas que la norme puisse se déduire du fait. Pour une opinion plus nuancée, V. J. Carbonnier L.G.D.J.1976 p. 269 et s. Il faut noter ici que le déterminisme de la règle de Droit par le fait économique, longtemps reproché aux auteurs marxistes, est maintenant affirmé sans nuance par un grand nombre de commercialistes, au moment où la doctrine marxiste insiste sur "l'autonomie de l'instance juridique" (Althusser, Pour Marx, Maspero 1973. p. 87 et s. et p. 206 et s. Farjat op cité p. 388).

(2) Le vocable de chef d'entreprise est employé ici par souci de simplification. Il est évident que dans la grande entreprise les rapports sont plus complexes : d'abord dans les rapports entre capitalistes du fait de la concentration du pouvoir (Champaud, thèse précitée) ensuite entre capitalistes et travailleurs. La forme sociale et particulièrement la société anonyme permet en effet non seulement une appropriation collective du capital, mais aussi une domination collective des travailleurs dans la mesure où les salariés ne contractent qu'avec la personne morale.

L'entreprise définie comme une communauté d'intérêts tendus vers un but unique peut constituer un espoir ou un voeu généreux (1), mais elle n'est pas une réalité (2). L'intérêt de l'entreprise n'est d'ailleurs pas reconnu (3) ou lorsqu'il est affirmé par les juges il se confond avec l'intérêt des détenteurs de capitaux ou d'une fraction d'entre eux. De nombreux conflits entre associés sont ainsi tranchés non sur le fondement de l'intérêt de l'entreprise, mais sur celui d'une catégorie d'associés. Permettre la non distribution de bénéfices et la constitution de réserves facultatives par exemple est une consécration du pouvoir des contrôlaires autant qu'une manifestation de l'autonomie de l'entreprise (4).

---

(1) Voeu qui sous prétexte d'attribuer une finalité sociale aux pouvoirs du chef d'entreprise consiste souvent à justifier des pouvoirs exhorbitants et à limiter les revendications des travailleurs. Voir sur ce point l'appréciation très critique du professeur G. Lyon Caen sur l'utilisation de la notion d'entreprise en Droit du Travail (G.Lyon Caen, Du rôle des principes généraux de Droit Civil en Droit du Travail art. précité nº 5 p. [illegible] aide G. Lyon Caen, G.H.Camerlynck Droit du Travail op cité nº 312 et s.

(2) Il est remarquable que les auteurs partisans de cette conception de l'entreprise, s'ils appuient leurs affirmations par la référence aux économistes (Despax thèse précitée p. 1 et s.) lorsqu'il s'agit de définir la notion d'entreprise, se contentent pour justifier l'existence d'un intérêt de l'entreprise de [illegible] l'opinion que se font de leurs fonction les chefs d'entreprise (Paillusseau op cité p. 84). Or il est impossible d'admettre à priori, [illegible] l'image que certainespersonnes se font d'elles mêmes constitue la réalité,quelle que soit l'honorabilité ou la sincérité de ces personnes.

(3) Cass. com. 21 janvier 1970 (Saupiquet, Cassegrain) Rev. Soc. 1970.292. n.J.G. cassant Rennes 23 février [illegible] J.C.P.1969.II.16122. Le célèbre arrêt Fruehauf (Paris 22 mai 1965 J.C.P.1965.II.14274 bis. D.1968.147 concl.Nepveu, est autant une manifestation de nationalisme économique qu'une consécration de l'intérêt de l'entreprise.

(4) Cass. com. 18 avril 1961.J.C.P.1961 [illegible].12164 n.D.B.; G.P.1961.2.15. D.1961.661.R.T.D.Com.1961.674,[illegible] Houin, comp. Paillusseau op cité p. 184.

Les textes de 1967 sur les procédures collectives qui font une large place à la permanence de l'entreprise, ne concernent que les rapports des capitalistes entre eux (1). L'Affaire Lip a démontré à quel point l'intérêt de l'entreprise ne prenait pas en compte l'intérêt des travailleurs (2).

Ainsi, en l'état actuel de notre Droit, l'entreprise reste-t-elle la chose de l'entrepreneur, qu'il soit une personne physique ou un groupe de personnes. Les projets de réforme de l'entreprise ne modifient guère cette conception, car "réformer l'entreprise" n'est pas réformer la Société (3).

Il est à cet égard très significatif que les droits des salariés - notamment le droit à l'emploi - ne soient envisagés que comme des droits subordonnés dont l'existence dépend de l'opportunité économique (4).

L'intérêt de l'entreprise se confond en définitive avec l'intérêt social (5). Il est vrai cependant que ce dernier intérêt ne constitue pas nécessairement l'intérêt immédiat de tous les associés. La question de

(1) Voir par ex. Geisenberger, la suspension provisoire des poursuites G.P. 1971.2.doc.455.
(2) Sur l'affaire Lip voir parmi une abondante littérature Y. Guyon, les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise. droit soc.1974.138.J.J.Dupeyroux, à propos du projet de loi sur la garantie de paiement des salaires. Le Monde 20 novembre 1973. Un numéro collectif de la revue Projet, l'affaire Lip ou l'émergence de nouveaux droits, Projet 1973.1201 et s.
(3) Rapport du Comité sur la réforme de l'entreprise Doc. Fse p. 39.
(4) Y. Guyon, les droits des salariés art. précité p. 138 et s. adde, le rapport Sudreau (précité p. 105 et s.) qui n'envisage le droit à l'emploi (reconnu par la constitution) que dans le cadre d'une réforme des procédures collectives de liquidation ou de redressement des entreprises, permettant d'apprécier les difficultés économiques moins tardivement.
5) En ce sens A. Lyon Caen, thèse précitée nº 332 et ss.

l'entreprise se réduit alors à admettre l'existence de transformations dans les moyens de réaliser l'intérêt social en raison des modifications affectant le marché (1) et les techniques de gestion (2).

698. "Microcosme capitaliste" (3) l'entreprise est une réalité qu'il ne saurait être question cependant de nier. Lieu de déroulement du procès de production, elle implique le développement de rapports juridiques. Lieu de concentration de personnes aux intérêts souvent divergents, l'entreprise est le siège de conflits sociaux dont la conduite nécessite parfois du "Droit" et dont l'apaisement même temporaire se concrétise par le Droit (4).

L'entreprise est pour le juriste un lieu privilégié d'observation de phénomènes juridiques interférents (5)

Ce lieu ne date pas d'aujourd'hui, mais il a subi de profondes transformations d'où l'intérêt que la doctrine moderne lui porte. Au XIXº siècle, le juriste disposait de concepts - commerçants, sociétés, autonomie de la volonté - qui lui permettaient de"signifier" sans déformation les mécanismes de l'économie de marché. Les bouleversements économiques et sociaux qui ont suivi ont essentiellement affecté ce marché, en raison du développement des groupes - entreprises liées, syndicats ouvriers et patronaux, oligopoles et monopoles et en raison du recul du libéralisme économique (6).

---

(1) Les conceptions diverses que l'on peut se faire du marché (voir supra nº 695 influent nécessairement sur l'analyse de l'objet social. Les divergences des économistes (voir supra nº [illegible]) ne facilitent pas à cet égard la tâche du juriste. En ce sens, A. Le M. Caen, thèse precitée nº 331.

(2) Paillusseau op cité p. 197 et s.

(3) F. Perroux, le Capitalisme, que sais-je ? P. [illegible] p. 15.

(4) Voir J.C. Javillier, Recherches sur les [illegible] collectifs de Travail, thèse multigraphiée Paris I. 1971.

(5) Comp. B. Teyssié, les groupes de contrats, [illegible] nº 361 qui affirme "l'entreprise est avant tout le fruit d'une conjugaison de groupes de contrats".

(6) J. Marchal Cours d'économie politique et M. Th. Denis 4º ed., nlle ed. p. 885 et s. J.K. Galbraith, le nouvel état industriel op cité p. 174 et s.

Ces modifications de structure ont eu des répercussions juridiques et ont provoqué notamment le développement de rapports intermédiaires entre l'Etat et le Citoyen (1). Ces transformations se sont aussi répercutées dans l'entreprise dont le marché est un élément constitutif (2). L'entreprise est le lieu où la multitude de rapports juridiques inter-individuels se rejoignent, reflètent et reproduisent des normes ou des rapports nés ailleurs (3). La multitude des relations juridiques au sein d'une entreprise et leur organisation ont pour effet de permettre la naissance d'un véritable Droit autonome (4). Mais ces règles ne naissent pas directement de la simple activité des entreprises. L'entreprise dans de très nombreux cas, ne peut être le lieu d'élaboration d'une règle, qui ne peut se former que par l'intermédiaire de groupements privés ou publics. Seules de très puissantes entreprises peuvent être directement le siège de règles autonomes.

Mais même dans ces situations, un certain consensus actif ou passif est indispensable. Le recours à la voie contractuelle est nécessaire pour imposer une norme "privée". Le co-contractant n'aura souvent que la liberté de se soumettre, mais il n'en demeure pas moins que la règle ne peut être totalement unilatérale.

---

(1) Voir supra nº 608 et ss.
(2) J. Marchal op cité p. 879.
(3) Les rapports de travail en fournissent un exemple. Le contrat de travail n'est souvent que l'application d'un accord né de pouvoirs extérieurs à l'entreprise. Les contrats types naissent aussi à l'extérieur de l'entreprise qui constitue seulement leur domaine d'application.
(4) Voir supra nº 608 et s.

Fait économique, l'entreprise constitue un fait normatif (1). Il ne faut pas entendre par cette expression que le fait crée spontanément la règle de droit. Il s'agit simplement d'affirmer que certains faits sont une condition nécessaire à l'élaboration de règles juridiques.

L'entreprise, en tant que groupement organisé de relations juridiques, a sur le mode d'élaboration d'un droit des services une incidence importante, que ce soit par l'organisation des facteurs de production des services ou par la fourniture des services sur le marché. C'est pourquoi les deux sections de ce chapitre étudieront successivement l'activité des entreprises de services et leurs formes juridiques.

---

(1) Gurvitch, théorie pluraliste des sources du droit positif. Annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique 1ª session 1934.35.p. 114.

SECTION I. L'ACTIVITE DES ENTREPRISES PRESTATAIRES DE SERVICES.

699. L'origine de la prestation, l'entreprise, a un double effet sur l'activité des entreprises de services. D'abord le caractère professionnel du prestataire confère un régime juridique original aux prestations de services. La notion de contrat de service est dépendante de la notion d'entreprise (§ I). Ensuite les rapports entre prestation et prestataires ont une incidence profonde sur la commercialité des entreprises de services (§ II).

§ I. Contrats de services et Entreprises de services.

700. Les services sont un élément essentiel de la politique commerciale des firmes. Ils sont en effet un incitateur puissant à l'achat (études de marché, publicité) et une condition de jouissance des biens de consommation. Les services sont aussi un élément de la politique de gestion des entreprises au sein du système industriel (1).

---

(1) Travaux et Recherches de prospective. Questions à la Société Tertiaire La doc. Française 1974. p. 15 et s. J.K. Galbraith. La science économique et l'intérêt général op cité p. 77 et s.

A. Services et politique commerciale.

701. Le rôle original des services (II) n'apparaît que lorsqu'ils sont fournis par des professionnels (I).

I. Caractère professionnel des services.

702. L'étude comparative des services fournis occasionnellement par des particuliers (a) fait ressortir le particularisme des services professionnels (b).

a) Les services fournis par des particuliers.

703. Ces prestations toujours fournies occasionnellement peuvent l'être à titre gratuit ou à titre onéreux.

1) Les services gratuits.

704. Le service d'ami n'est pas pris en considération par le Droit, au moins en principe (1). Mais l'amitié peut disparaître et le service subsister. La règle de droit occupera parfois la place laissée vacante. Ainsi le Code Civil réglemente-t'il certains contrats essentiellement gratuits, tel le commodat, pour imposer au bénéficiaire une ponctualité toute particulière dans l'exécution de ses obligations de conservation et de restitution (2). Il est même possible d'affirmer que, de manière générale, le caractère gratuit ne supprime pas l'existence de devoirs juridiques à la charge du bénéficiaire et du prestataire.

---

(1) D. Mayer, L'amitié J.C.P. 1974.I.2664.
(2) D. Mayer art. précité nº 25.

Ce dernier peut, par exemple, demander le remboursement des frais exposés dans la réalisation du service, selon les règles de la gestion d'affaires (1). Il n'est pas contesté en effet que cette gestion peut consister non seulement en actes juridiques, mais aussi en actes matériels. La gratuité du service, inversement, ne supprime pas la responsabilité du prestataire et elle ne l'atténue que dans quelques contrats, comme le mandat ou le dépôt gratuit (2). La jurisprudence sur le transport bénévole (3), après une longue période d'indulgence, est venue rappeler ce principe en autorisant la victime à demander la réparation de son dommage sur le fondement de l'article 1384 al. 1. Ainsi le régime juridique du service gratuit se rapproche-t'il sensiblement de celui du service onéreux.

2) Le service à titre onéreux.

705. Il se distingue du service professionnel qui nécessite répétition et permanence (4) par son caractère occasionnel. La jurisprudence a cependant tendance à admettre facilement le passage de la fourniture occasionnelle à la fourniture habituelle, pour faire rentrer le prestataire dans un cadre règlementaire rigide, lorsque la prestation comporte des dangers pour le tiers (5) ou lorsqu'il était interdit au prestataire de fournir ce service (6).

---

(1) R. Bout, la gestion d'affaires en droit Français L.G.D.J.1972 nº 322 et 323.
(2) D. Mayer art. précité nº 25
(3) Cass. ch. mixte 20 décembre 1966 (3 arrêts) J.C.P.1969.II.15756, D.1969.37 concl. Schmelk.
(4) Ripert et Roblot I nº 135 et s.
(5) Voir pour un promoteur cass. civ. 3e 27 mars 1969 D.1969,633 n. Ph. Jestaz.
(6) Voir pour un notaire qualifié de banquier Cass. com. 2 février 1970 D.1970,430.

Le service occasionnel échappe en principe au droit commercial. Il est en effet exceptionnel qu'un particulier dispose d'une infrastructure suffisante pour conférer à l'activité de service le caractère d'un acte de commerce (1). La législation économique ne régit pas ces actes, le caractère professionnel constituant une condition d'application de ces textes (2). Enfin, le prestataire non spécialiste ne sera normalement pas tenu d'une obligation de résultat, qu'il serait le plus souvent incapable d'assumer. Sa faute, en conséquence, devra être prouvée. Ces différences montrent l'intérêt de distinguer ces services des services professionnels.

b) Les services professionnels.

706. L'exercice d'une profession suppose une activité exclusive ou non exclusive, exercée en vue d'en tirer un profit pécuniaire régulier (3). Cette exigence a pour corollaire la répétition des contrats, ce qui leur confère un certain caractère normatif et une certaine rigidité.

1) Le caractère "normatif" des services.

707. La présence d'un professionnel place le client dans une situation de faiblesse relative lors de la négociation du contrat. Il existe sans doute des prestations très individualisées, faisant l'objet de négociations très poussées, mais même dans ces hypothèses, le prestataire ne peut assurer la permanence et la rentabilité de son service qu'en maintenant les conditions de fourniture dans un certain cadre économique, financier et juridique.

(1) Voir infra nº 723 et ss.
(2) Voir infra nº 784.
(3) Ripert et Roblot I nº 136 et s. comp. J. Savatier, contribution à une étude juridique de la profession in dix ans de conférences d'agrégation, hommages à J. Hamel Dalloz 1961 p. 3 et s. et particulièrement nº 7

Le caractère professionnel est donc une condition - parmi d'autres - pour permettre à de véritables règles de se dégager des pratiques inter individuelles (1) et pour permettre l'élaboration d'un droit des services (2). Ce caractère professionnel recouvre cependant des réalités qui peuvent être très différentes.

708. Il existe toujours un secteur archaïque des services qui englobe une part importante des services fournis aux particuliers dans le cadre des professions artisanales ou libérales (3). Ces services sont fondés sur une activité personnelle, et ils sont dispersés géographiquement. Leur standardisation et leur insertion dans le système industriel sont en conséquence difficiles (4). Les caractéristiques économiques de ce secteur ; faible productivité (5), faible intensité de capital (6) expliquent certaines règles juridiques qui leur sont applicables. Ces activités sont le domaine par excellence des contrats isolés, et de l'interprétation subjective du juge (7).

(1) voir supra nº 611 et ss.
(2) voir supra nº 608 et ss.
(3) Travaux et recherches de prospective, Questions à la société tertiaire. La doc. Française 1974 p. 126 et s.
(4) J.K. Galbraith, La science économique et l'intérêt général op cité p.78
(5) Questions à la société tertiaire op cité p. 22.
(6) idem p. 21.
(7) Parler d'interprétation subjective ne signifie évidemment pas que le juge peut faire ce qu'il veut. Cela veut dire simplement que l'interprétation du contrat doit être cherchée dans la subjectivité des parties. Cette part de subjectivité disparaît dans les contrats standardisés au profit de références objectives : usages, contrats types, etc...

Ce secteur archaïque subit cependant de notables transformations. Les professions libérales en fournissent un bon exemple. Les mutations économiques ont provoqué l'apparition de nouvelles professions : le Conseil juridique se substitue partiellement à l'avocat. Les professions traditionnelles, elles-mêmes, cèdent aux besoins de rationalisation et de concentration (1). Les formes juridiques (2) de ces entreprises et les contrats qu'elles élaborent (3) se ressentent directement de ces transformations.

709. Il existe surtout un secteur moderne des services qui joue un rôle essentiel dans la régulation du système industriel (4), et qui constitue l'essentiel du droit moderne des services. Ce secteur se caractérise aussi par la rigidité accrue des contrats de services.

2) La rigidité des contrats de services.

710. Cette rigidité est apparue dans l'étude de la qualification des contrats de services (5). Elle se manifeste par le développement dans de nombreuses conventions d'une obligation de résultat à la charge du professionnel. Le prestataire doit garantir l'utilité effective de la prestation fournie. Cette garantie est aussi une condition de la patrimonialisation du service (6). Cette double tendance se manifeste essentiellement dans le domaine des services aux entreprises (7), mais a cependant une portée générale.

(1) Questions à la société tertiaire op cité p. 145.
(2) Voir infra nº 739 et ss.
(4) Voir supra nº 43 et s.
(5) J.K.Galbraith, la science économique et l'intérêt général op cité p. 77.
(6) Voir supra nº 614 et ss.
(7) Voir supra nº 676 et ss.

La rigidité de ces contrats se traduit aussi par l'importance que joue la collaboration des parties (1). Ce devoir consiste d'abord en une obligation d'information et de surveillance à la charge du prestataire et du client. Elle peut se traduire aussi dans certains contrats complexes par une obligation de négociation se déroulant du début de la formation du contrat à la fin de son exécution.

Le développement de ces obligations est une tendance générale du droit des services, mais il est particulièrement manifeste dans le domaine des services aux entreprises. Il constitue aussi une condition de l'accroissement du rôle commercial joué par les services.

II. La fonction commerciale des services.

711. Le secteur des services, inséré dans le système industriel, est seul concerné par cette fonction (2). Les services archaïques fournis au coup par coup, éparpillés, ne peuvent être considérés comme un moyen efficace d'attirer et de fixer une clientèle. Le service auxiliaire du système industriel permet au contraire d'accroître le dynamisme commercial d'une firme. Cette fonction dépend donc étroitement des caractéristiques intrinsèques des prestataires.

Ces services, en outre, ne sont pas destinés à n'importe qui. Ils s'adressent essentiellement aux consommateurs. Leur impact réside dans la relation particulière qui sera créée entre le prestataire et le client.

---

(1) Voir supra nº 633 et ss.
(2) J.K. Galbraith, La science économique et l'intérêt général. op cité p. 77.

a) Le prestataire.

712. Un producteur désireux d'augmenter ses ventes et de s'attacher une clientèle est souvent conduit à développer ses services. La mise en place d'un service de conseil pré-vente et d'un service après-vente de réparation et d'entretien conduisent souvent le client à rester fidèle à la marque (1). Cette solution est cependant assez rare. Le service est le plus souvent fourni par un distributeur, décentralisé géographiquement (2), à qui le producteur impose la fourniture de certaines prestations . La distribution intégrée constitue dans une large mesure la méthode pour décentraliser les services à la clientèle. Il importe en effet de rapprocher le prestataire du client.

b) Les relations du prestataire avec le client.

713. Le service est utile ou nécessaire à la jouissance du produit du fait de l'ignorance technique du client qui lui interdit un choix réellement libre ou qui lui interdit d'effectuer personnellement la maintenance. Des abus peuvent naître de ces rapports inégalitaires ; la complexité peut être utilisée essentiellement dans le but d'empêcher toute compréhension technique de la part du client (3) ou même pour

(1) Voir supra nº 186 et ss.
(2) Questions à la société tertiaire op cité p. 100 J.K.Galbraith, La science économique et l'intérêt général, op cité p. 78 et 79. Cet auteur insiste sur l'importance de la localisation des services.
(3) Comp. J.K.Galbraith. La science économique et l'intérêt général op cité p. 80 et s., qui insiste sur le développement de services indépendants.

éviter la concurrence d'autres prestataires, étrangers au groupe intégré (1). Dans ces circonstances, l'utilité du service se réduit à enchaîner pendant la durée de vie du produit le client au prestataire, donc souvent indirectement au fabricant.

Ces pratiques sont d'autant plus regrettables que l'importance quantitative du service est difficilement appréciable et qu'un gonflement abusif du prix est alors à craindre. Le service, complémentaire du produit, tend alors à prendre une place prépondérante,

---

(1) Ces politiques sont décelables chez les principaux constructeurs automobiles en particulier. Il est permis en effet de se demander si les incessantes modifications de détail répondent à une nécessité technique ou si elles ont surtout pour but de décourager les non concessionnaires de stocker les pièces détachées et de réparer les modèles du groupe auquel ils n'appartiennent pas. Dans le même sens, il est possible de rappeler la querelle qui a opposé I.B.M. aux constructeurs de périphériques d'ordinateurs. I.B.M. a pendant longtemps refusé d'assurer la maintenance des ordinateurs modifiés (Le Monde du 4.5. février 1973 ; Le Monde 13 mars 1973).

et le produit n'est plus là que pour faire "vendre" indéfiniment du service (1). Ces pratiques mettent en relief le rôle joué par les services comme régulateurs de la demande (2). A ce titre, ils ne sont plus seulement des éléments d'une politique commerciale, ils sont déjà les éléments d'une politique de gestion de l'entreprise.

---

(1) La croissance des prix de services est dans les pays occidentaux supérieure à celle des prix industriels (Le Monde, dossiers et documents, l'année économique et sociale - janvier 1976, p. 17) alors que la croissance de productivité est nettement plus faible (Les dossiers d'Entreprise : les sociétés de services février 1973 p. 30 et s.). Cette part importante jouée par les services dans l'inflation est d'autant plus remarquable que les services jouent un rôle croissant dans l'économie nationale et que les services sont affectés d'une faible élasticité par rapport aux prix, c'est-à-dire que la croissance du prix des services n'a qu'une faible incidence sur leur consommation. (Questions à la société tertiaire op. cité p. 43 et s.). Plusieurs explications peuvent être avancées à propos de cette dernière constatation. Il est possible de remarquer que la consommation des services est surtout importante dans les couches sociales à haut revenu, couches moins sensibles aux variations de prix. Une autre hypothese peut aussi être émise. Dans la mesure où les services sont liés à un produit, leur consommation dépend de la consommation - donc du prix - du produit, et non du prix du service lui-même. L'augmentation du prix des services est alors un moyen indirect d'augmenter en fait le prix du produit sans pour cela inciter les acheteurs à une moindre consommation, la hausse n'étant pas immédiatement perceptible (comp. l'argumentation d'I.B.M. lors du procès antitrust qui lui a été fait par l'administration américaine. La puissance d'I.B.M. serait due non à des "pratiques monopolistiques" mais à la qualité des services.

(2) Voir questions à la société tertiaire op cité p. 141 et s.

B. Entreprises de Services et Politique de gestion.

714. La spécialisation des tâches et la concurrence entraînent la création d'activités non directement productrices, mais permettant la rationalisation de la production (1). Ces services peuvent être directement intégrés dans la grande firme industrielle ou - phénomène de plus en plus fréquent - donner naissance à des entreprises autonomes auxiliaires des entreprises industrielles. Cette dernière solution est une nécessité pour toutes les entreprises qui n'éprouvent pas un besoin permanent de ces services (2).

Ces entreprises de services peuvent être indépendantes et disposer d'une véritable liberté dans le choix de leur clientèle. Elles peuvent être aussi intégrées financièrement ou (et) commercialement à un client important.

I - Les Sociétés de services indépendantes.

715. Ces sociétés de services sont nées d'un besoin latent ou exprimé des entreprises industrielles et elles ont pour objet principal de fournir des services aux entreprises. Leurs tailles et leurs structures peuvent varier sensiblement. Ce secteur des services constitue cependant le domaine le plus dynamique. Ainsi les sociétés de services informatiques - technique de pointe du service - connaissent-elles une croissance relativement régulière (3), ainsi qu'une importante concentration (4).

(1) Voir question à la société tertiaire op cité p. 142 et ss.
(2) Voir supra nº 9 et ss.
(3) Le Monde 4t février 1974.
(4) Voir par exemple Le Monde du 1e janvier 1972 et du 20 janvier 1973 à propos de la réorganisation du groupe SEMA-SYSA. Plus généralement il faut signaler qu'une dizaine de sociétés contrôle environ 50 % du marché. Les dossiers l'entreprise, op cité février 1974 p. 9).

Ces entreprises connaissent les problèmes de tous les sous-traitants et notamment celui du maintien d'une certaine autonomie économique (1). Une conséquence juridique importante découle de cette situation. Le centre réel de décision est souvent extérieur à l'entreprise de services, ce qui soulève des difficultés dans la recherche éventuelle des responsables de dommages (2), dans l'extension éventuelle du passif (3) ou dans la détermination de l'employeur réel (4). Cette relative dépendance a aussi pour conséquence de lier la prospérité du sous-traitant à celle des entreprises utilisatrices (5). Ce phénomène est particulièrement important dans le domaine des services. En cas de malaise économique dans une branche, les contrats de services sont les premiers résiliés dans la mesure où ils n'apparaissent pas comme absolument indispensables à la production (6)

---

(1) voir par exemple Bessy et Richoux, les regroupements d'entreprise éd. ouvr. 1970 p. 36 et ss. Sur le régime juridique de ce contrat voir Mercadal et Janin, Les contrats de coopération inter- entreprises op cité p. 840 et ss.

(2) comp. Champaud, Les méthodes de groupement des sociétés R.T.D. Com. 1967.1003 et s. nº 47 et s.

(3) Comp. Beguin, Les procédures spéciales aux affaires Lib. Tech. coll. droit et gestion 1973 nº 223.

(4) Voir supra nº 231 et ss. La condition du salarié est souvent moins favorable dans l'entreprise de service que dans l'entreprise utilisatrice. Or l'action directe reconnue au salarié du sous-traitant ne peut toujours être mise en oeuvre et surtout ne permet pas de résoudre cette question (voir M. Cozian, L'action Directe L.G.D.J. 1969 nº 150 et s.)

(5) Cette situation des sous-traitants a été mise en relief lors de l'affaire Lip (cf. Guyon, les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise. Droit. Soc. 1974. p. 138 et s. nº 3.)

(6) voir par exemple Le Monde du 23 février 1974, qui fait état du plan d'austérité d'Air France comportant notamment la rupture de nombreux contrats de services.

716. La reconnaissance juridique des groupes de contrats intégrant les prestataires et les clients est une nécessité (1). L'admission d'une action directe au profit du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage s'imposait (2). Mais cette action est insuffisante parce que la sous-traitance de service n'est pas nécessairement liée à l'existence d'une chaîne de contrats (3) et parce que cette action ne résoud que les problèmes découlant de difficultés de paiement (4). Une réforme du droit des procédures collectives ne peut pas ignorer ces phénomènes.

Ces problèmes se posent avec une acuité particulière lorsque l'entreprise de service est véritablement intégrée.

II. Les entreprises de services intégrées.

717. L'entreprise de service intégrée dans un groupe peut avoir une double fonction. Elle peut fournir - dans l'intérêt du groupe - des services aux particuliers ou des services aux entreprises.

a) Les services aux particuliers.

718. L'intégration de ces entreprises peut résulter de liens financiers. La société de service est alors une filiale d'une ou de plusieurs sociétés ou groupes de sociétés (5) . Les principales agences de voyage sont ainsi des filiales des grandes compagnies de transport ou (et) des principales

(1) B. Teyssié. Les groupes de contrats op cité nº 557 et s.
(2) voir la loi du 31 décembre 1975 (J.O.P.76,43698) sur la sous-traitance comp. B. Teyssié, les groupes de contrats op cité nº 557 et s.
(3) B. Teyssié, les groupes de contrats op cité nº 126,
(4) Comp. la loi sur la sous-traitance qui s'efforce de garantir le paiement des sous-traitants (J.O.P. 76,43698).
(5) s'il s'agit d'une filiale commune à plusieurs groupes, la société de service joue aussi le rôle d'un procédé de collaboration (voir supra nº 443 et ss.

sociétés hôtelières (1). Les liens financiers se doublent souvent - tel est le cas pour les agences de voyages - de liens commerciaux étroits entre les membres du groupe et la filiale utilisant les services de la société mère (2). Il peut ainsi se constituer de véritables chaînes de services. Ces sociétés de services à la clientèle ont alors pour tâche essentielle de concentrer une gamme complète de services et de les distribuer à leurs clients, la conception de ces services se situant en amont du prestataire apparent.

L'intégration peut aussi ne résulter que de liens commerciaux. Les chaînes hôtelières ou de restauration constituées en franchises en fournissent de nombreux exemples.(3) De nombreuses concessions commerciales développent aussi un secteur de service important, en particulier dans le domaine de l'automobile.

719. Des questions délicates naissent de ces situations, que ce soit dans les rapports entre membres du groupe ou dans les rapports entre le groupe et la clientèle.

Les problèmes internes posés par l'existence de liens financiers sont les problèmes généraux des groupes de sociétés : rapports avec les associés minoritaires, situation des salariés notamment. Ces questions débordent trop largement de cette étude pour faire l'objet de plus amples développements (4).

---

(1) La Sotair (Jet tours) est une filiale à 70 % d'Air France, le reste du capital se partageant entre Air Tour, l'agence Havas et la Compagnie des Wagons-lits. U.T.A. possède 30 % du capital d'Euro-vacances 2000 qui est une filiale de la S.N.C.F. (Les dossiers d'entreprise février 1974 p. 35).

(2) La Société Air Tour liée financement à Air France, utilise essentiellement les services de la filiale charter d'Air France et le système de réservation électronique d'Air France.

(3) Voir supra nº 414 et s.

(4) Voir la bibliographie citée supra nº 403.

Les rapports internes au sein d'un ensemble contractuel soulèvent essentiellement le problème du statut juridique du prestataire. Si la jurisprudence refuse toujours de limiter le droit de résiliation unilatérale du contrat de concession ou de franchise (1), les tribunaux admettent dans certaines circonstances, malgré de nombreuses critiques doctrinales, la possibilité pour le prestataire de bénéficier de la qualification de salarié et de celle de commerçant selon l'institution à appliquer (2). La nature précise des relations au sein du groupe a d'autant plus d'importance qu'elle a une incidence sur les rapports externes.

720. Les problèmes généraux des groupes se posent ici aussi et notamment la mise en cause de la responsabilité de la société dominante pour les fautes de la société de service. Des questions propres aux entreprises de services apparaissent aussi. Il est traditionnellement admis que dans les cas de ventes successives - hypothèse fréquente dans les concessions commerciales - une action directe du client est possible contre le fabricant (3). Cette solution ne peut être transposée dans le domaine des services, le prestataire n'étant pas l'ayant cause de la société dominante. Le problème se pose pourtant de savoir si les clients de certaines franchises, mécontents du service fourni ne devraient pas pouvoir agir contre un franchiseur ayant imposé les conditions de fourniture de la prestation (4).

---

(1) voir supra nº 429.
(2) voir supra nº 424 et ss. et surtout nº 425.
(3) voir supra nº 179 et 180.
(4) voir supra nº 418 et ss.

Il semble possible d'admettre que l'unité de marque et les normes de gestion strictes, imposées par le franchiseur, créent un semblant d'unité juridique permettant au client de s'adresser directement à l'entreprise dominante (1), sur le fondement de l'apparence (2).

L'exercice d'une action directe n'est possible en pratique que si les clients peuvent déterminer facilement la structure du groupe. Ce problème, comparable à celui posé en droit du travail par la détermination de l'employeur réel (3), se pose avec une acuité particulière dans les groupes où la société de services fournit des services aux entreprises.

b) Les services aux entreprises.

721. Deux problèmes essentiels - en dehors des questions générales propres au droit des groupes - présentent une gravité particulière. Ils tiennent à l'existence d'une autonomie juridique au sein du groupe qui crée des risques d'évasion technologique.

Ces risques existent essentiellement en raison de l'activité de certaines entreprises multinationales, qui confient la recherche à une société membre du groupe, mais juridiquement autonome. Les pratiques sont inverses selon que l'activité du groupe est tournée vers des pays en voie de développement ou vers des pays déjà industrialisés.

---

(1) voir supra nº 418 et ss.
(2) J. Calais Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial L.G.D.J. 1961 nº 14 et s. et nº 28 et s. Comp. pour un contrat de voyage cass. civ. 1º 15 octobre 1974. J.C.P. 75. II. 18071 bis
(3) voir supra nº 412.

Il est fréquent dans le premier cas que le groupe crée une société de recherche à l'étranger qui assurera grâce à son acquis technologique le contrôle effectif des sociétés locales avec qui elle collaborera (1). Certains contrats d'ingenierie aboutissent à des résultats comparables lorsqu'ils n'impliquent pas un réel transfert de technologie, mais lorsqu'ils supposent simplement la mise en oeuvre par l'ingénieur d'une technique qu'il garde secrète (2).

Il est au contraire fréquent dans le deuxième cas de voir la firme multinationale conserver son potentiel technologique et n'installer dans le pays d'accueil que des filiales d'exécution (3).

722. Cette étude a montré que les questions soulevées par les entreprises prestataires de services naissent de l'insertion de ce secteur d'activité dans les structures du capitalisme industriel et financier (4), soit par la prise en charge par les entreprises industrielles de certaines activités de services, soit par la mutation des entreprises de services traditionnelles. Ces transformations conduisent à poser en termes nouveaux le problème de la commercialité des entreprises prestataires de services.

§ II. La commercialité des entreprises, prestataires de services.

723. Les querelles nées à propos de l'article 632 du Code de commerce

---

(1) Ph. Laurent, les transferts de technologie, Projet mars 1975 p. 289 et ss. P. Gonod, D. Germinia, C.A. Michalet et C. Perrin Transferts technologiques dans l'économie mondiale, le progrès scientifique nº 174, janvier février 1975 p. 28 et ss.

(2) P. Gonod et autres art. précité p. 28 et ss. comp. J.J. Servan-Schreiber, le défi américain op cité p. 57 et ss.

(3) Travaux et recherches de prospectives, les firmes multinationales, PUF française 1974 p. 133 et s.

(4) Question à la société tertiaire op cité p. 128 et s.

sur le caractère objectif (1) ou subjectif (2) de la commercialité, se sont révélées en définitive assez vaines. La doctrine moderne a tendance à voir dans le Droit Commercial le droit du capitalisme (3) et à négliger la lettre de l'article 632 inadaptée à la réalité actuelle (4). Le Droit commercial devient "la formalisation des contraintes inhérentes à la forme d'échange capitaliste (5)". C'est pourquoi l'affirmation de la commercialité de certaines activités ne s'explique pas par la nature de l'acte, mais trouve sa justification dans l'insertion de ces activités dans la sphère de l'échange marchand.

Cette conception permet aussi de comprendre le développement de la commercialité formelle. Le législateur présume que l'adoption de certaines formes sociales correspond à l'existence d'un esprit capitaliste et confère la commercialité aux entreprises adoptant ces formes (6).

---

(1) Lyon Caen et Renault, Traité de Droit Commercial II nº 99 et ss. comp. Hamel et Lagarde, traité de Droit commercial I nº 139 et s.
(2) Ripert et Roblot I nº 135 et s. Giverdon Le droit commercial, droit des commerçants J.C.P. 1949.I.770. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne L.G.D.J. 1951.
(3) Lyon Caen, Contribution à la définition du Droit Commercial R.T.D. Com. 1949.355 et ss. Didier, Droit commercial I. p. 128 et ss. Farjat, Droit économique p. 56 et ss. et p. 85 et ss.
(4) J. Calais Auloy, Grandeurs et décadence de l'article 632 du Code de commerce in Etudes de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac Lib. techn. 1968 p. 37 et s.
(5) P. Didier, Droit Commercial, I. p. 204.
(6) J. Calais Auloy, art. précité p. 43 et s. A. Pirovano, L'ambiguité des actes de commerce par la forme D. 1978 chr. 243.

Le problème de la commercialité est donc très souvent résolu à priori et ne se pose plus que pour les activités individuelles (1).

724. Cette constatation ne supprime pas pour autant l'intérêt d'une recherche sur la détermination de la commercialité des entreprises de services. Cet intérêt tient à ce que le secteur des services a longtemps été exclu des rapports marchands, et que la forme capitaliste - accumulation du capital, recherche du profit, spécialisation des tâches - n'est apparue dans ce domaine que récemment. Il est ainsi possible d'assister à la translation du domaine civil au domaine commercial de tout un secteur économique important et de prendre conscience des facteurs économiques, sociaux et psychologiques qui freinent ou qui accélèrent ce mouvement (2).

---

(1) Voir cependant la tendance inverse qui s'est manifestée lors de la création du G.I.E., et qui s'explique par le fait que cette forme nouvelle ne recouvre pas une entreprise autonome mais constitue seulement une structure d'appoint (Guyon et Jacquereau, le Groupement d'Intérêt Economique Dalloz 1974 nº 6 et s.).

(2) Il est remarquable que l'insertion de certains secteurs dans des structures capitalistes coïncide parfois avec l'affirmation véhémente de leur nature civile. Il en est ainsi pour les Sociétés civiles professionnelles par exemple (voir infra nº 743 et ss.). Les conseillers juridiques qui exerçaient depuis longtemps dans des cadres commerciaux se sont vus imposés l'utilisation de formes purement civiles par la loi du 31 décembre 1971.

A. Les incitations à la commercialité.

725. La commercialisation des activités de services se produit quelles que soient les raisons de leur exclusion traditionnelle de ce domaine : structure de l'entreprise ou nature de l'activité.

a) Les activités artisanales.

726. Les activités artisanales sont traditionnellement civiles, parce que la nature des prestations fournies implique une part importante de travail (1) et surtout parce que l'artisan ne spécule ni sur le capital, ni sur la main d'oeuvre (2). La modernisation structurelle de ces entreprises et leur croissance suppriment les raisons qu'il y avait de les considérer comme civiles qu'il s'agisse d'entreprises de location de meubles (3) ou d'entreprises de fournitures de services matériels et intellectuels (4). Il est manifeste aussi que les services fournis accessoirement à une autre activité commerciale subissent l'attraction de la profession principale (5).

La question devient cependant plus délicate lorsqu'il s'agit de services intellectuelles traditionnellement considérés comme civils par nature.

---

(1) Voir questions à la société tertiaire op cité p. 20. voir aussi article 1 du décret du 1er mars 1967 définissant le secteur des métiers.
(2) Ripert et Roblot.I. nº 207.
(3) Voir la nouvelle rédaction de l'article 632.4º par la loi nº 67.563 du 13 juillet 1967.
(4) Cass. com. 18 janvier 1966. D.1966.358.J.C.P. 1966.II.14714.
5) Ripert et Roblot I nº 305 et s.

b) Les services intellectuels.

727. La nature civile de ces activités est la conséquence de leur appartenance au domaine des professions libérales, impliquant indépendance, intelligence et individualisme (1). L'existence de relations personnelles avec le client dans lesquelles le calcul économique a une place limitée (2) est présentée comme une exigence fondamentale. Elle tient cependant plus au caractère archaïque de la production de ces services qu'à leur essence(3).

Il n'en demeure pas moins que pour les professions réglementées les impératifs déontologiques s'opposent à la tentation de l'exercice capitaliste. Ces activités se trouvent ainsi soustraites du domaine du droit commercial, mais leurs possibilités de modernisation se trouvent aussi limitées (4). Le caractère commercial intervient cependant à titre de sanction disciplinaire et économique (5).

Ainsi s'explique la tendance des magistrats à qualifier de commerçants certaines entreprises libérales effectuant occasionnellement des actes de commerce. (6).

(1) Ripert et Roblot I nº 187.
(2) P. Didier Droit commercial I. p. 117 et s.
(3) Sur les origines historiques de l'idéologie libérale voir P. Didier Droit commercial p. 207 et s.
(4) Le projet de loi sur l'architecture prévoit la suppression de l'ordre, du monopole et permet toutes les formes d'organisation : salariat, constitution de sociétés commerciales. Ce texte et les réactions qu'il suscite sont caractéristiques de la nécessité de briser les structures traditionnelles pour adapter une profession aux exigences commerciales de la construction contemporaine (Le Monde 12, 13 octobre 1975).
(5) Cette sanction consiste essentiellement dans la mise en règlement judiciaire ou liquidation des biens.
(6) voir pour un notaire cass. com. 2 février 1970. D. 1970.430.

728. Ces problèmes se posent avec moins de netteté pour les professions non réglementées. La tendance à la commercialisation n'en subsiste par moins chaque fois que l'activité purement intellectuelle se double d'actes matériels impliquant un minimum d'organisation.

Il en est ainsi par exemple des conseillers juridiques assurant des travaux de secrétariat, prêtant du personnel (1) ou assurant le recouvrement des factures (2). La fourniture de services matériels accompagnée souvent de mandats, a pour conséquence de faire disparaître la qualification libérale au profit de celle d'agent d'affaires (3). Il est remarquable de constater que dans ces situations le juge ne se préoccupe pas du caractère accessoire ou non des actes commerciaux.

Cette politique jurisprudentielle traduit sans doute le souci des magistrats de sanctionner des attitudes jugées incompatibles avec l'idéal "Libéral". Mais elle ne s'explique pas seulement par les préoccupations disciplinaires. Les juges sont conduits à tirer les conséquences normales de l'introduction de rapports marchands et de la recherche du profit dans des secteurs traditionnels et individualistes. Les entreprises de recherche par exemple se voient reconnaître la commercialité dans la mesure où leur activité implique d'importants moyens de production (4). Il est manifeste qu'il n'y a là aucune trace de réprobation morale.

---

(1) Cass. com. 18 janvier 1960 précité.
(2) Cass. com. 2 avril 1973. Bull.IV. 145
(3) Cass. com. 18 janvier 1960 précité, cass. com. 2 avril 1973, précité cass. com. 9 janvier 1975 D. 1975.I.R.66.
(4) Houin, Les groupements de recherche en commun, in Aspects juridiques de la recherche scientifique op cité p. 267.

Le souci déontologique réapparaît en revanche lorsqu'il s'agit de conserver la nature civile à des entreprises qui tout en "s'industrialisant" observent strictement les règles disciplinaires et morales.

B. Les obstacles à la commercialité.

729. Le juriste a tendance à voir dans le caractère libéral une vertu et non la traduction idéologique d'une certaine structure économique. Il n'est pas étonnant dans ces conditions que la modernisation et la patrimonialisation de ces activités soit recherchée de pair avec le maintien de leur caractère civil et libéral. Cette tendance se manifeste par la création de formes juridiques aptes à assurer ces transformations, mais conservant leur nature civile (1). Il en est ainsi des sociétés civiles professionnelles qui s'opposent à la tendance générale consistant à commercialiser les entreprises exercées sous forme sociale (2). Ce mouvement est particulièrement remarquable lorsqu'il aboutit à interdire l'usage de formes commerciales utilisées pourtant depuis longtemps (3).

730. Ces hésitations se retrouvent en jurisprudence. Il est admis depuis longtemps que les actes accomplis par une société commerciale sont commerciaux "par accessoire"(4). Cette solution joue notamment pour les

---

(1) voir infra nº 743 et ss.

(2) J. Calais-Auloy, Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce, in Etudes de Droit commercial offertes à M. Cabrillac, art précité p. 45. Cette tendance est particulièrement évidente dans le projet de réforme des sociétés civiles professionnelles d'avocats et de conseils juridiques qui, selon les termes mêmes de la Chancellerie "doivent rester civiles", mais dont le régime s'apparenterait à celui des sociétés de capitaux (rép. question écrite 17577, J.O. Débats Sénat 17 octobre 1975 p. 2951).

(3) Voir la loi du 31 décembre 1971 portant réforme des professions judiciaires et juridiques (J.O.5 janvier 1972 p. 17).

(4) Ripert et Roblot.I.nº 309 et les références citées. Voir cependant contra Nîmes 19 mars 1975 Journal des agréés 1976.89 n. J.P. Sortais, R.T.D.Com. 1976.936 n. Jauffret.

services libéraux (1). Or, un arrêt (2) au moins semble avoir remis en cause ce principe. Les juges ont refusé d'admettre qu'une société anonyme fournissant exclusivement des services intellectuels (en fait des prestations d'ingenierie) pouvait bénéficier de la propriété commerciale. Ils ont considéré que la société accomplissait des actes par nature civils, qui n'étaient pas susceptibles de permettre la constitution d'un fonds de commerce, interdisant par là même de bénéficier de la propriété commerciale.

Cet arrêt semble en contradiction flagrante avec le principe énoncé ci-dessus. Il est même remarquable de constater que cette décision est intervenue dans un domaine étranger aux professions libérales traditionnelles et réglementées. L'ingenierie constitue un secteur de pointe des services. La solution ne tient donc pas à des considérations exceptionnelles.

Il peut sembler opportun d'éliminer cette apparente contradiction en considérant l'arrêt de la troisième chambre civile comme un arrêt d'espèce, contredit par la cour grenobloise la plus récente (3). Cette analyse ne peut pourtant pas être acceptée, en raison du domaine particulier dans lequel la décision est intervenue. Il s'agit en effet d'une question de propriété commerciale. Il semble alors en se référant aux dernières décisions intervenues en cette matière (4) que la Cour de Cassation- chambre civile soit particulièrement rigoureuse pour admettre le bénéfice de la propriété commerciale.

(1) Cass. Com. 18 février 1975. Bull. IV. nº 48 J.C.P. (C.I.) 1975.J.4448 et en matière fiscale C.E. 20 février 1974 J.C.P. (C.I.) 1974.II.11497 ; G.P. 25 juin 1974 ; R.T.D.Com.1974.531 obs. Houin, Rev. Soc.1975.667 n. Cozian obs. Houin Comp. C.E. 16 mars 1975, Droit fiscal 1975 n.17 com. 609 concl. Fabre, pour une S.A.R.L.

(2) Cass. Civ. 3º 5 mars 1971 Bull. III nº 168, R.T.D. Com. 1971.1034 obs. Houin.

(3) Cass. Com. 18 février 1975 précité.

(4) Voir pour un groupement d'intérêt économique à objet commercial Cass. Civ. 3º 18 février 1975,D.1975.366 n. Y. Guyon.

La cour considère qu'il ne suffit pas d'être commerçant pour avoir un fonds de commerce, condition du bénéfice de la propriété commerciale. Elle va même plus loin en affirmant que certains commerçants peuvent ne jamais avoir de fonds de commerce, soit parce qu'ils n'ont pas une autonomie suffisante pour avoir leur propre clientèle (1), soit parce que la nature de leur activité leur interdit de se constituer une véritable clientèle commerciale (2). L'activité libérale ressortirait toujours du domaine des libéralités (3) et jamais de celui de l'échange capitaliste (4).

731. Cette analyse est particulièrement critiquable. La société anonyme étant commerçante et effectuant des actes de commerce, il n'y a aucune raison d'affirmer qu'elle ne peut avoir un fonds de commerce simplement parce que son objet est civil. Cette condition nouvelle imposée par la cour de cassation est injustifiée.

Elle tient sans doute à ce que pour les juges le fonds de commerce est une institution exclusivement capitaliste, incompatible avec une profession intellectuelle. C'est oublier que le caractère civil des activités intellectuelles ne tient pas à l'essence de ces prestations mais résulte des conditions de leur production. L'exercice sous forme sociale traduit en réalité une profonde transformation de ces modes de fourniture (5). La commercialité formelle imposée par le législateur n'est que la constatation élémentaire de ce changement.

---

(1) Cass. civ. 3e 18 février 1975 précité. Cette solution est en soi très critiquable (voir note Y. Guyon précitée).

(2) Cass. civ. 3e 5 mars 1971 précité. Dans les deux séries d'hypothèses la démarche est identique même si elle semble formellement contradictoire (comp. Y. Guyon note précitée). En effet, pour la cour de cassation, l'existence d'un fonds de commerce suppose une activité spéculative, caractère qui serait étranger par nature, soit à certaines structures juridiques le G.I.E., soit à certaines activités (les activités libérales).

(3) P. Didier, Remarques pour servir à une définition du droit commercial D. [illegible] ch. [illegible] et s.

(4) G. Lyon Caen, contribution à la définition du droit commercial R.T.D. Com. [illegible] et s.

(5) [illegible] d'organisation de l'entreprise op cité 4 et s.

Ainsi est-il évident que l'exercice d'une activité intellectuelle dans le cadre d'une société anonyme implique des changements profonds de structure, et notamment une patrimonialisation accrue des prestations libérales. Rien ne justifie l'affirmation que ces sociétés ne peuvent être titulaires d'un fonds de commerce, si ce n'est la nostalgie de la profession libérale traditionnelle.

Ce décalage entre les préoccupations morales et les besoins économiques explique la création de formes juridiques propres aux entreprises de services.

SECTION II. LES FORMES JURIDIQUES DES ENTREPRISES DE SERVICES.

732. Aucune forme n'est en principe interdite aux entreprises de services. La nature de l'activité aura cependant parfois pour effet d'inciter ou même d'obliger les entreprises à adopter certaines formes particulières (§ I).

Le service implique souvent une part importante de travail personnel des associés. La rémunération et la patrimonialisation de ce travail posent des questions délicates dans certaines professions, notamment dans les professions libérales (1). La détermination des droits patrimoniaux des associés devient un problème essentiel (§ II).

§ I. Le choix de la forme.

733. Ce choix est en principe laissé à l'initiative des parties qui ne disposent pas toujours d'une forme adéquate (A). Mais lorsque l'activité présente des particularités notables, ou fait courir des risques aux associés ou aux tiers, le législateur incite ou parfois oblige les parties à utiliser des formes déterminées. (B).

(1) sur la patrimonialisation accrue du fait de constitution de groupements voir Cass.civ.1º 22 octobre 1975.J.C.P.1976.II.18230.n.R.Savatier, qui admet qu'un médecin exerçant en association et suspendu disciplinairement a droit à bénéficier de l'indemnité "de présentation" prévue aux statuts en cas de départ d'un associé. Le fondement réel de la décision réside en fait dans l'idée que la "clientèle" du médecin est detachée de ce dernier pour s'attacher au groupement (comp. les observations de M. R.Savatier précitées).

A. L'absence de forme adéquate.

734. L'exercice d'une activité intellectuelle et abstraite nécessite une part importante de travail personnel et laisse toujours planer une incertitude sur l'efficacité du résultat. Les difficultés rencontrées par la pratique pour trouver des structures juridiques adéquates s'est manifestée essentiellement pour les Sociétés de recherche (I) et pour les sociétés de moyens constituées entre membres de professions libérales (II).

I. Les Sociétés de Recherches.

735. Le groupement de recherches peut être une structure de collaboration (1) créée à l'occasion d'une recherche déterminée ou pour une période indéterminée. Il peut être au contraire une société indépendante s'adressant à une clientèle diversifiée.

a) La société de recherches, comme procédé de collaboration.

736. La forme juridique du groupement sera dépendante de la recherche effectuée et de la durée de la collaboration.

La constitution d'un personne morale n'est pas toujours nécessaire pour mener des recherches ponctuelles. Un contrat de collaboration (2) ou éventuellement une société en participation (3) suffisent à répartir les droits et les obligations des partenaires.

(1) voir supra nº 436 et ss.
(2) Mercadal et Janin, les contrats de coopération inter-entreprises F. Lefebvre 1974 p.340 et s. nº 1050 et s. J.M. Mousseron les services communs de recherche, in les services communs d'entreprise. Actualité du droit de l'entreprise Montpellier 1977. Lib. tech. 1974 p.181 et s.

Il importe essentiellement de préciser avec soin l'objet exact du groupement, la répartition des investissements à effectuer, les moyens techniques à utiliser et le sort des résultats : brevets ou savoir-faire (1).

La constitution d'une filiale commune dotée de la personnalité morale s'impose en revanche lorsque la recherche porte sur un programme de longue durée. Le service commun de recherche doit en particulier pouvoir disposer d'une certaine autonomie financière (2). Mais le choix de la forme est plus commandé par le souci d'une collaboration harmonieuse que par la préoccupation de l'objet social. Les sociétés de personnes et plus encore le groupement d'intérêt économique se montrent assez bien adaptés à cette collaboration. La société anonyme est cependant la formule la plus choisie, parce qu'elle permet de limiter les risques courus par les associés et surtout parce qu'il s'agit de la technique la plus simple pour détacher éventuellement le service de recherche de son groupe d'origine (3). Un contrat de collaboration se superpose alors à la personne morale et organise les pouvoirs effectifs des membres du groupement (4).

La détermination d'une forme spécifique pose d'autres questions lorsque le groupement de recherches est autonome

---

(1) R. Houin, les groupements de recherche en commun art. précité p. 274.
(2) voir supra nº 448
(3) colloque Paris II. février 1975. La filiale commune, intervention de Monsieur Brill.
(4) F. Hoppenot et F. Goré, filiale commune et Droit Français des Sociétés rapports au colloque de Paris II sur la filiale commune.

b) La société de recherche autonome.

737. Il ne s'agit plus de choisir le meilleur procédé de collaboration, mais de mettre en place la forme la mieux adaptée à l'activité menée. Il est certain, à cet égard, que le groupement d'intérêt économique est inadapté. Cette structure est destinée à permettre le développement de l'activité de ses membres et non à avoir une activité propre pour le compte de tiers (1). Le seul choix possible se situe donc entre association et société (2).

L'association peut être utilisée lorsque l'organisme de recherche n'entend pas faire de bénéfice, l'activité de recherches constituant une activité intellectuelle qui n'est pas commerciale par nature (3). Mais la forme de l'association ne peut être choisie que si le groupement ne bénéficie pas de moyens industriels lui conférant un caractère commercial (4). Il est en outre assez rare qu'un tel groupement n'entende pas faire de bénéfice (5). Or chaque fois qu'il y a recherche de profit, même si en pratique l'obtention de bénéfices est aléatoire et le taux de financement élevé (6) le recours à l'association est impossible.

---

(1) Guyon et Coquereau, le groupement d'intérêt économique Dalloz 1974 2e éd. nº 26 et s. Ch.Lavabre, les groupements solution au problème de la collaboration, in les services communs d'entreprise op cité p. 149 et s. et particulièrement p.152 et s. comp.P. Demaret, la forme juridique des sociétés de recherche sous contrat en France et en Belgique R.T.D.Com.1967.719 et s. p. 738 n.4.

(2) Il n'est question ici, bien évidemment, que des organismes privés de recherche.

(3) R. Houin, les groupements de recherche en commun art. précité p.263 et s. Y. Reboul, les contrats de recherche, thèse Montpellier 1974. contra P. Demaret art. précité p. 730 et s.

(4) R.Houin, les groupements de recherche en commun article précité.

(5) P. Demaret article précité p. 727.

(6) idem p. 727.Cass. com. 18 avril 1961.J.C.P.1961.II.12184.n.D.B. R.T.D. Com. 1961.634.obs.Houin.S.1961.257. n.Dalsace.D.1961.. 1.

Les parties doivent donc constituer une société.

Le choix des associés se porte le plus souvent sur les S.A.R.L. ou les sociétés anonymes, selon l'importance de l'affaire (1). Le caractère nominatif des actions ou des parts sociales, et les clauses d'agrément (2) sont les moyens utilisés pour éviter une prise de contrôle par des groupes financiers ou pour s'opposer à l'accès dans ces sociétés d'associés "indésirables" (2). L'intuitus personae joue en effet un rôle important dans ces groupements dont les membres sont nécessairement des participants actifs.

738. Située au carrefour des activités commerciales et libérales, la recherche scientifique ne dispose d'aucune forme juridique spécifique. La pratique est ainsi conduite à adapter les formes traditionnelles aux particularismes de ces prestations : recours à l'association en raison de l'aléa existant sur la rentabilité de l'activité, ou rôle essentiel de l'intuitus personal en raison de la part importante du capital intellectuel (3).

Dans le domaine des professions libérales traditionnelles, la conciliation du service individualisé et du groupement des prestataires a posé aux praticiens des questions difficiles qui ont été résolues dans un premier temps par la création de sociétés de moyens.

---

(1) P. Demaret art. précité p. 724 et s.

(2) P. Demaret. art. précité p. 724 et s. sur le régime des clauses d'agrément. voir Roblot. L'agrément de nouveaux actionnaires, in Mélanges Bastian t.1. Lib. tech. 1974. p. 283 et s.

(3) La nouvelle règlementation, par la loi du 24 juillet 1966 des clauses d'agrément a gêné les sociétés de recherches qui comportaient fréquemment des clauses très restrictives (voir P. Demaret, art. précité p. 727 et s.).

II. Les Sociétés de moyens et les services libéraux (1).

739. La conception purement individualiste (2) des professions libérales n'a pu résister aux bouleversements des sciences et des techniques (3), rendant la connaissance individuelle de plus en plus parcellaire et mettant en jeu des moyens de plus en plus coûteux.

Ces impératifs ont conduit les ordres professionnels à admettre la validité des groupements (4) malgré des résistances importantes (5). Les Sociétés de moyens permettent une mise en commun de moyens matériels et humains tout en sauvegardant le principe de l'exercice professionnel individuel. La fourniture des services reste en effet étrangère au groupement. Ces caractéristiques fondamentales se manifestent dans l'objet social et dans la forme choisie.

---

(1) sur cette question, voir P. Chardenon et J. de Mourzitch sociétés civiles de moyens constituées entre membres de professions libérales. J.C.P. 1971. ed. N.I. 2406 ; Y. Cheminade, la société civile de moyens. J.C.P. 1971.I. 2405. Y. Guyon, Répertoire Dalloz. Sociétés 2ème ed. T.2. voir société civile professionnelle nº 88 et s. F. Terré jurisclasseur société fasc. 191.10. nº 49 et s. Y. Guyon. Rapport général sur les sociétés civiles de moyens in l'exercice en groupe desprofessions libérales. Montpellier 1974. Lib. tech. 1974. p. 121 et s. G. Lyon - Caen. l'exercice en société des professions libérales en Droit Français. Dalloz 1975. p. 67 et s.

(2) G. Lyon Caen op cité p. 21 et s.

(3) B. Mercadal. Bilan présenté au colloque sur l'exercice en groupe des professions libérales op. cité p. 195 et s.

(4) Y. Cheminade art. précité nº 4.

(5) voir A. Lamboley, la société civile professionnelle. op. cité nº 74 et s.

a) L'objet social.

740. L'objet du groupement est exclusivement la mise en commun d'un certain nombre d'éléments nécessaires à l'exercice de la profession. La société de moyens constitue une technique permettant de dépasser l'indivision. La composition de ce fonds commun peut être très variable, une grande liberté étant laissée aux associés (1). Ils peuvent mettre en commun les locaux où ils exercent, que la société soit propriétaire de l'immeuble ou simplement locataire. Une figure plus complexe survient parfois. Une société civile immobilière, comprenant souvent les mêmes associés achète l'immeuble et le loue à la société de moyens (2). Les meubles peuvent évidemment être compris dans les moyens groupés. La société de moyens peut enfin fournir un certain nombre de services. Le personnel administratif sera employé directement par la société de moyens qui devient ainsi une société de services s'intercalant entre les utilisateurs réels et le personnel salarié. La société de moyens peut aussi contacter avec une société de services spécialisée qui effectuera des travaux divers pour le groupement : dactylographie, comptabilité, entretien, etc... Une seule limite existe. La société de moyens ne doit pas fournir directement des services à la clientèle des divers associés. La mise en oeuvre de moyens communs doit toujours se situer en amont de la prestation. Ce point soulève une question délicate à propos des collaborateurs salariés (3), qui, en tant que salariés, sont soumis à l'autorité des divers associés et constituent un "moyen" pour les associés d'exercer leur profession. Rien ne s'oppose donc, semble-t'il à ce qu'ils soient salariés de la société de moyens.

(1) Y. Guyon rapport précité p. 124.
(2) un des intérêts de cette solution est de rendre l'accès à la société de moyens moins coûteux (Y. Guyon rapport précité p. 123).
(3) Y. Guyon rapport précité p. 124

Mais ces collaborateurs conservent une certaine indépendance et ils peuvent exercer directement la profession. Ils transforment ainsi la société de moyens en une véritable société d'exercice. En outre, les rattacher à la société de moyens aurait pour conséquence de leur attribuer comme employeur une personne n'exerçant pas la profession (1). Ce dernier point semble en contradiction avec de nombreuses règles déontologiques, à moins d'admettre pour la circonstance la transparence de la personne morale (2). Il est en effet certain que les formes juridiques choisies laissent assez facilement apercevoir les associés derrière le groupement.

b). Les formes choisies.

741. La collaboration peut se limiter à l'existence de rapports contractuels ou d'une indivision (3). Mais la création d'une personne morale devient nécessaire chaque fois que des biens ou du personnel importants doivent être gérés collectivement.

L'association peut constituer une de ces formes. Mais elle n'acquiert qu'une personnalité limitée et suppose une déclaration préalable à la Préfecture. L'actif subsistant à la dissolution ne peut pas être distribué entre les prestataires ce qui constitue un inconvénient majeur (4).

---

(1) Y. Guyon rapport précité p. 124.
(2) cette transparence apparaît clairement dans le pouvoir de surveillance que se reconnaissent les ordres professionnels sur le fonctionnement de ces sociétés.
(3) H. Lyon Caen, l'exercice en société de professions libérales. op. cité p. 67 et s.
(4) Y. Guyon rapport précité p. 125.

Restent en pratique le G.I.E. et la société civile. Avant 1966, le choix de la société civile pouvait paraître contestable, le groupement n'envisageant pas de faire des bénéfices. Mais la loi du 29 novembre 1966 a supprimé cette difficulté en prévoyant explicitement l'existence de sociétés de moyens (1).

La constitution d'un groupement d'intérêt économique semble encore mieux adaptée. Le G.I.E. est une structure d'appoint qui ne nécessite pas la recherche de bénéfices. Il semble cependant moins souple que la société civile (2). Sa constitution implique en effet l'immatriculation au registre du commerce, et surtout la solidarité des associés peut entraîner leur mise en règlement judiciaire ou en liquidation de biens. - Quelle que soit la formule choisie des difficultés subsistent. Ainsi l'apport en industrie est-il en principe licite, mais il ne saurait à l'évidence consister en l'engagement d'exercer sa profession. Une autre question délicate se pose en cas de retraite d'un associé qui cède sa clientèle à un tiers non agréé par la société. Le tiers ne pourra donc pas bénéficier des services de la société de moyens. Or, il est possible que l'existence de cette société ait contribué à fixer la clientèle. Le cessionnaire peut donc être assez gravement lésé.

742. La société de moyens, enfin, ne doit pas être utilisée pour tourner des impératifs déontologiques. Ces formules nécessitent une certaine collaboration entre associés. Il importe en conséquence qu'ils n'aient pas à défendre des intérêts par trop contradictoires (3). Un autre risque important existe dans les sociétés interprofessionnelles offrant une gamme complète de services. Les clients ne doivent pas être tenus de "bénéficer" de la gamme complète (4) des prestations. Or, il est bien certain que dans ces situations, la sauvegarde des principes du libre

(1) Y. Cheminade art. précité nº 4 et s.
(2) Y. Guyon, rapport précité p. 128.
(3) idem p. 131.
(4) idem p. 131.

choix du prestataire et de l'exercice individuel de la profession risque d'être en pratique souvent compromise.

Ces difficultés ont conduit le législateur à admettre la possibilité d'un exercice collectif de ces professions. Mais le législateur en contrepartie de ce droit a contraint les associés à adopter des formes imposées, au moins dans le domaine des professions réglementées (1).

B. Les formes imposées (Les sociétés civiles professionnelles).

743. La création d'une société civile professionnelle (2) s'impose aux membres des professions libérales réglementées qui veulent exercer en commun leur activité (3).

(1) Les professions non réglementées peuvent adopter n'importe quelle forme sociale. Certaines professions réglementées peuvent parfois adopter des formes commerciales. Ainsi en est-il des experts comptables (voir J.M. Mousseron. rapport sur les groupements d'exercice, in l'exercice en groupe des professions libérales. Montpellier 1974. Lib.tech.1974.p.19 et s.

(2) voir G. Liet-Vaux. L'avant-projet de loi relatif aux sociétés civiles professionnelles. Rev. Adm.1965.580.J.C.Goldsmith. A propos du projet de loi sur les sociétés civiles professionnelles D.1966.ch. 37. F. Terré, les sociétés civiles professionnelles (commentaire de la loi du 29 novembre 1966) J.C.P.1967.I.2103. La révision de la loi sur les sociétés civiles professionnelles (commentaire de la loi nº 72.1151 du 23 décembre 1972)J.C.P.1973.I.2554. J. Barnoul, Les apports en industrie dans les sociétés civil professionnelles. Rev. Soc.1973.413. Actualités du droit de l'entreprise, L'exercice en groupe des professions libérales Lib.tech. 1974. A. Lamboley, la société civiles professionnelles, un nouveau statut de la profession libérale, Lib. tech. 1974. G. Lyon Caen, L'exercice en société desprofessions libérales en Droit Français Dalloz 1975.

(3) Avant cette loi, la constitution dans ces professions de sociétés d'exercice se heurtait à des difficultés insolubles tant sur le plan civil que disciplinaire (Cass.civ.1º.23 janvier 1968.D.1969.177.n. R.Savatier J.C.P.1968.II.15433.n. R.L.Comp.A.Lambolley (op cité nº 44 et s.). Cette loi ne constituant qu'une loi cadre, ces difficultés subsistent pour les professions n'ayant pas fait l'objet d'un R.A.P.

Cette structure permet d'aménager les rapports entre la société et le client en tenant compte des impératifs du service libéral. Elle permet aussi d'assurer la coexistence de règles conçues pour l'appropriation de biens matériels avee des apports consistant essentiellement en une aptitude ou une activité (1). Le législateur pour assurer la compatibilitéde l'activité libérale avec la constitution d'une personne morale, a imposé le respect de certaines obligations relatives à la composition de la société et à l'exercice même de la profession.

a) La composition de la société civile.

744. Les associés doivent êtredes personnes physiques et appartenir à la profession (ou aux professions s'il s'agit d'une société multiprofessionnelle).

L'exclusion des personnes morales peut susciter certaines difficultés (2), mais se justifie aisément. La société civile professionnelle ne doit pas permettre une concentration supprimant tout lien entre les associés - apporteurs de capitaux - et la fourniture des prestations. La profession doit être exercée par tous les associés. La solution contraire conduirait à bouleverser les règles disciplinaires et constituerait une menace sérieuse pour "l'indépendance" des membres de ces professions (3). La condition d'associé est ainsi étroitement liée à l'exercice effectif de la profession.

---

(1) cette question sera examinée infra (§ II) et ne sera donc pas traitée ici.
(2) A. Lamboley op. cité nº 10.
(3) idem nº 114.

b) L'exercice de la profession.

745. La société est une personne morale en relation directe avec les tiers. Elle est inscrite à l'ordre (1) et surtout elle contracte directement avec les clients. La société est en conséquence garante de la bonne exécution du service et créancière de la dette d'honoraire.

Ces solutions ont inquiété certains milieux attachés aux règles traditionnelles. Il semble pourtant que des garanties sérieuses assurent le respect des principes déontologiques essentiels. Les associés par exemple ne sont en aucun cas subordonnés à la personne morale. Ils sont en principe tous gérants et ne disposent que d'une voix quel que soit leur nombre de parts. Le risque de voir se constituer une hiérarchie peut en conséquence sembler faible (2). En outre, l'affirmation de la nécessité d'un lien exclusivement personnel entre le prestataire et le client est sans doute souvent exagérée. La qualité de la médecine hospitalière où les relations naissent entre le client et une personne morale de Droit public en offre une démonstration (3). Il faut surtout remarquer que la collectivisation des rapports contractuels laisse subsister la prestation individualisée. Chaque associé est responsable personnellement des actes qu'il accomplit, et la société est tenue solidairement avec les associés de leurs fautes (4). Ces solutions mettent en relief le particularisme des sociétés civiles professionnelles, dans lesquelles les associés ne sont qu'accessoirement des apporteurs de capitaux mais doivent être d'abord des prestataires de services.

Il n'en demeure pas moins que l'organisation de l'exercice collectif des professions libérales traduit manifestement une patrimonialisation accrue de ces prestations, même si les droits patrimoniaux des associés conservent certains particularismes.

(1) A. Lamboley, op cité nº 140 et s.
(2) A. Lamboley op cité nº 82 et s.
(3) idem nº 83.
(4) idem nº 94 et s.

§ II. Les Droits patrimoniaux des associés et les services.

746. La situation des associés des sociétés civiles professionnelles est particulière dans la mesure où l'activité sociale repose essentiellement sur l'existence d'aptitudes intellectuelles et sur la fourniture d'un travail effectif. La fourniture de services est ainsi l'apport essentiel demandé aux associés . La Société Civile professionnelle conduit donc à une patrimonialisation du service (1), qui se manifeste dans le régime des apports en industrie et en clientèle (2) .

A. Les apports en industrie.

747. L'engagement de travailler pour la société suffit à faire acquérir des parts donnant à l'associé des droits comparables aux apporteurs de capitaux. Le service, ou sa potentialité, est représentée dans un titre propriété de l'associé. Mais cette propriété incorporelle (3) donne à l'associé des droits limités, car la patrimonialisation du service reste incomplète. L'apport en industrie, selon le droit commun, figure à l'actif du bilan pour mémoire (4), mais ne concourt pas à la formation du capital (5).

---

(1) Cette patrimonialisation sera sans aucun doute accrue dans la nouvelle forme de société civile professionnelle, actuellement à l'étude qui devrait connaître des règles de constitution et de fonctionnement semblables à celles des sociétés de capitaux (réponse question écrite nº 17577 J.O. débats Senat 17 octobre 1975.p.2957.

(2) sur ces questions, voir J. Bardoul, Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles Rev. Soc.1973.413. Apports en clientèle et en industrie, in l'exercice en groupe des professions libérales Montpellier 1974 précité. p. 27 et s.

(3) Ripert et Roblot.I. nº 763.

(4) F. Goré et C. Dupouy, Comptabilité générale de l'entreprise industrielle et commerciale Montchrestien 1975 nº 519.

(5) J. Bardoul, rapport précité p. 28.

En revanche, l'apporteur en industrie bénéficie des droits de tous les associés, dans la gestion de la société et dans les distributions de bénéfices, de plus values d'actif ou de boni de liquidation. La mise en oeuvre concrète de ces droits soulève cependant certaines difficultés et nécessite des adaptations. En matière de gestion, le principe est l'égalité de tous. Chaque associé dispose d'une seule voix, sauf clause statutaire contraire ou règlement d'administration publique particulier (1). Ils sont même tous gérants, sauf clause statutaire contraire (2). Le problème de la distribution des bénéfices est par contre assez complexe à résoudre (3). Il est toujours possible d'adopter le principe d'un partage strictement égalitaire (4). Cette solution est sans doute la plus conforme à la tradition libérale et elle tend à privilégier l'activité sur le capital (5). Mais cette solution sera sans doute peu fréquente. Elle conduit en effet à ne pas rémunérer les apports en capitaux, tous les associés devant apporter leur industrie (6). La seconde solution est donc de stipuler une répartition inégalitaire dans les statuts,

(1) F. Terré, La révision de la Loi sur les sociétés civiles professionnelles J.C.P. 1973.I.2554.
(2) A. Lamboley op cité nº 82.
(3) idem nº 275 et s.; aide du même auteur la répartition des bénéfices dans les groupements d'exercice, in l'exercice en groupe des professions libérales, op cité p. 33 et s.
(4) F. Terré, art. précité; A. Lamboley op cité nº 278.
(5) Ce caractère se manifeste dans la responsabilité personnelle des associés envers les tiers, même si la société est solidairement tenue des fautes des associés dans l'exercice de la profession (A. Lamboley, thèse précitée nº 93 et ss.).
(6) J. Bardoul, rapport précité p. 30. Il faut noter qu'au regard des tiers tous les associés sont dans une situation identique, puisqu'ils sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

dans la mesure où aucun règlement d'administration publique ne la prohibe (1). Deux formules sont essentiellement utilisées. La première consiste à prévoir un intérêt fixe rémunérant le capital. La seconde possibilité est plus favorable aux apporteurs de capitaux et elle est en conséquence intéressante surtout pour les professions imposant d'importants investissements (2). Elle consiste à prélever un pourcentage du bénéfice réservé exclusivement aux apporteurs de capitaux.

748. Une importante différence existe entre les diverses catégories d'associés. Elle concerne les règles en matière de cessibilité (3). Les parts, représentant le capital, sont librement cessibles entre associés et sont cessibles aux tiers sous réserve d'agrément. Les parts représentatives des apports en industrie sont en revanche incessibles (4). Le caractère personnel du travail importe plus que son aspect patrimonial. L'associé n'est pas prisonnier de la société, mais il ne peut "récupérer" son apport insusceptible d'évaluation monétaire directe.

Une question comparable se pose, à propos du droit de l'apporteur en industrie d'exiger une part dans l'actif social (5) en l'absence de précision statutaire. Ce droit existe certainement lorsque des réserves ont été incorporées au capital. Tous les associés doivent recevoir des actions gratuites. L'apporteur de son travail bénéficie ainsi de l'accroissement de l'actif social (6). Mais en dehors de cette hypothèse, la réponse est moins nette. Si l'associé ne peut reprendre son apport, il doit normalement pouvoir participer au boni de liquidation (7).

---

(1) F. Terré, art. précité
(2) A. Lamboley, op cité nº 280 et 267.
(3) A.Lamboley op cité nº 294 et s. Ch.Reynaud, cession de droits sociaux, et retrait, in l'exercice en groupe des professions libérales op cité p.43
(4) A.Lamboley op cité nº 29.Ch.Reynaud rapport précité p.47.G.Lyon.Caen op cité p. 108 et s.
5) G. Lamboley rapport précité p. 21 et s.
6) Ch. Reynaud rapport précité p. 49.
7) idem p. 47 et s.

Ces difficultés indiquent cependant que la patrimonialisation est incomplète et est surtout effective pendant la durée de la vie sociale. Il est néanmoins remarquable de constater que l'engagement de fournir des services implique une vocation à se transformer en capital, c'est-à-dire en objet de propriété. Cette transformation est encore plus complète dans les apports en clientèle.

B. Les apports en clientèle.

749. La notion de clientèle civile a toujours suscité des réserves (1). Les Tribunaux ont été conduits, pour certaines professions, à admettre la validité d'un certain nombre d'engagements de faire ou de ne pas faire à la charge du professionnel se retirant (2). Le principe de l'existence d'un fonds libéral constituant une propriété incorporelle n'a cependant jamais été ouvertement admis (3). La valeur du fonds semblait trop liée à l'activité personnelle.

Or, la loi sur les sociétés civiles professionnelles consacre ce principe. L'apport en clientèle est en effet, pris en considération pour le calcul du capital social. Il donne lieu à l'attribution de parts représentatives de ce capital. La clientèle devient donc un bien, évalué en argent, pouvant être négocié. Ces parts sont en effet librement cessibles entre associés et cessibles aux tiers sous réserve d'agrément. La clientèle est ainsi irrémédiablement détachée de celui qui l'a constituée (4)

(1) J. Savatier, Etude juridique de la profession libérale D.C.D.C.1947. A. Lamboley, thèse précitée et la bibliographie citée.
(2) A. Lamboley thèse précitée nº194.C.Lyon.Caen op cité p. 34 et s.
(3) J. Bardoul, rapport précité p. 27.
(4) Cette cessibilité suscite des difficultés importantes. La cession de titres suppose en pratique que le cédant prenne des engagements précis, notamment de non concurrence, pour en garantir l'efficacité. Derrière le titre subsiste le caractère personnel et éphémère du service : voir Ch. Reynaud, rapport précité p. 46 .

et qui a dû continuer à apporter son industrie pour la maintenir (1). La clientèle civile en effet n'existe que par l'activité personnelle du professionnel, passée, présente et à venir (2). Les services libéraux deviennent donc, directement un bien quasi-ordinaire (3), dès lors qu'ils font l'objet d'une certaine concentration.

750. La loi sur les sociétés civiles professionnelles tend à donner aux praticiens un nouvel instrument juridique. Elle n'a cependant pas ce seul objet. Elle prétend aussi éviter un développement anarchique, et donc contrôler et règlementer l'exercice en groupe des services libéraux.

Ce phénomène a une portée générale. Le développement des services a contribué à la naissance de règles autoritaires dont l'objet est de contrôler l'activité des entreprises de services.

Cette réglementation est souvent identique à celle des autres activités. Mais elle subit l'influence de la spécificité des services. Elle tend alors à devenir une règlementation originale imposée aux entreprises de services.

---

(1) A. Lamboley op cité nº 292 et s.
(2) J. Bardoul rapport précité p. 28 et s.
(3) Ch. Reynaud rapport précité p. 45 et s.

TITRE II. LES ENTREPRISES PRESTATAIRES DE SERVICES ACCOUTUMES A UNE REGLEMENTATION ORIGINALE.

751. Le développement des services dans la société contemporaine les a fait sortir de leurs domaines traditionnels. Ces activités individuelles et autarciques (artisanat, professions libérales, activités ménagères) ou subordonnées (travail salarié) sont devenues les produits d'entreprises autonomes insérées dans les formes modernes des structures industrielles (1).

Ces transformations ont aussi provoqué leur soumission à un réseau étroit de règles. La régulation du système économique implique en effet l'interventionnisme étatique. L'ordre public, créateur d'interdits

(1) voir supra nº 217 et ss.

(2) voir sur ce rôle, parmi une très abondante bibliographie J. Marchal, cours d'Economie Politique, librairie Medecis 1964 p. 311 et ss.- J.K. Galbraith, le Nouvel Etat Industriel NRF. 1976 ; la Science Economique et l'Intérêt général NRF 1974. comp. E.E. Pasukanis, la théorie générale du Droit et le Marxisme EDI 1970 p. 123 et ss. E.Mandel la réponse socialiste au défi américain Cahiers Libres Maspero 1970, p. 159 et ss. R. Miliband L'Etat dans la Société Capitaliste, Maspero 1973.

voit ainsi son champ d'application s'étendre régulièrement (1). La prolifération de ces interdits pose cependant avec acuité le problème des conditions d'application de ces législations et de leur harmonisation.

La recherche de cette finalité économique a ainsi prétendu reposer sur une connaissance scientifique (2). L'élaboration d'un savoir a en conséquence pris le pas sur l'affirmation de l'autorité (3). Les techniques de modification des comportements sont préférées à celles de simple contrôle des comportements. La contrainte pure paraît alors s'effacer (4). La politique économique se substitue à l'ordre public, même économique.

---

(1) sur les diverses formes de l'ordre public, Ripert. L'ordre économique et la liberté contractuelle, Etudes Geny 1934.II.374 et ss. Julliot de la Morandière. L'ordre public en Droit privé interne, Etudes Capitant 1939. Ph. Malaurie, l'ordre public et le contrat thèse Paris 1951 - Farjat L'ordre public économique LGDJ 1963. R.Savatier L'ordre public économique D 1965 - ch. 37.

(2) voir par exemple le rôle attribué à un organisme comme la commission technique des ententes dont les avis participent directement au processus d'élaboration de la sanction et reposent sur une connaissance se voulant scientifique (J.B. Blaise, le statut juridique des ententes économiques, librairies techniques 1964 p. 235 et ss).

(3) sur l'articulation du pouvoir et du savoir cf. M. Foucault, Surveiller et punir NRF 1974. Voir aussi le rôle considérable du juge dans les procédures collectives de redressement et de liquidation des entreprises, rôle qui s'accompagne de l'élaboration d'analyses scientifiques de la situation (cf. M. Cabrillac, le rôle du juge en présence des problèmes économiques, travaux de l'Association H. Capitant, t. XXII, 1970, Dalloz 1975 p. 152 et ss.)

(4) M. Vasseur. Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, R.T.D. civ. 1964 p. 1 - M. Fleuriet, les techniques de l'économie concertée, Sirey 1974.

CHAPITRE I. L'ORDRE PUBLIC ET LES SERVICES.

752. La distinction traditionnelle entre l'ordre public politique et moral et l'ordre public économique (1) s'applique aussi au domaine des services. Elle recoupe partiellement la distinction entre les services industriels et les services archaïques (2). L'ordre moral a essentiellement prise sur les activités traditionnelles, et l'ordre économique intéresse surtout les activités liées au système industriel.

Il n'y a pas cependant de coïncidence exacte entre ces deux lignes de partage. Chaque forme de l'ordre public a vocation à s'appliquer à l'ensemble des services.

SECTION I. L'ORDRE MORAL.

753. La première caractéristique des services, et notamment des services traditionnels, est de reposer essentiellement sur l'activité matérielle ou intellectuelle des individus. Le premier impératif de l'ordre public est naturellement d'assurer le respect de la personne humaine.

(1) voir nº 751, note 3.
(2) voir supra nº 2.

Mais les services sont aussi, et même surtout des activités économiques qui impliquent la production de valeur. Ils appartiennent au domaine des affaires. Les règles destinées à assurer la moralité des affaires leur sont donc applicables.

§ I. Le respect de la personne humaine.

754. Les services sont étroitement liés à la personne du prestataire, dont le respect doit donc être assuré en premier lieu.

La réception des services implique souvent, la participation du bénéficiaire, notamment dans le domaine des services intellectuels. La personne de ce dernier doit donc être aussi protégée.

A. La protection du prestataire.

755. Le service en tant qu'activité économique de la personne humaine est en permanence confronté à deux écueils. On peut d'abord craindre que toute considération de la personne du prestataire soit supprimée, conduisant ainsi à traiter le travail humain, et par là-même le travailleur, en simple chose. Un deuxième risque est de voir des motivations raciales, religieuses ou familiales intervenir alors qu'elles n'ont aucune influence sur le contenu du service fourni. L'homme est "chosifié" dans les deux cas, car derrière la prestation, la personne est directement atteinte. Mais cette "réification" peut avoir lieu par appropriation ou par rejet.

a) Le prestataire approprié.

756. Il est inutile ici de faire l'inventaire des dispositions humanitaires destinées à protéger la personne du salarié (1).

(1) Camerlynck et Lyon Caen. Droit du travail, Précis Dalloz 1975.

La prohibition du marchandage (1) mérite, en revanche, plus d'intérêt dans la mesure où ce mode de réification du travail humain est lié à la constitution d'entreprises de services, prestataires de "travail en vrac".

Toutes les entreprises de services jouent dans une certaine mesure un rôle d'intermédiaire entre le salarié et le bénéficiaire de la relation de travail. Elles n'en sont pas pour autant soumises à la réglementation légale. Les articles L.125 - 1 et L. 125 - 2 du Code du Travail tendent essentiellement à limiter la constitution d'entreprises ayant pour rôle exclusif cette fonction d'intermédiaire (2).

757. La réglementation s'applique d'abord à certaines situations de sous-entreprises, dans lesquelles une entreprise industrielle ou commerciale commande un travail déterminé à un entrepreneur qui recrute le personnel nécessaire à l'exécution de cet ouvrage. Lorsque ces conditions sont réunies, l'utilisateur est substitué à l'employeur formel dans le paiement des charges sociales si le sous entrepreneur n'est pas inscrit au registre des métiers, ou au registre du commerce et s'il n'est pas titulaire d'un fonds de commerce. Le texte a donc une portée très limitée.

758. Une prohibition de portée beaucoup plus générale résulte de l'article L.125 - 1 du Code du travail. Cet article issu de la loi du 6 juillet 1973 élargit sensiblement la définition du marchandage. Le texte antérieur interdisait la fourniture de main d'oeuvre destinée à causer un préjudice au salarié. Une telle volonté était exceptionnelle et le délit était rarement constitué. La loi nouvelle interdit toute fourniture de main d'oeuvre ayant pour effet de causer un préjudice au salarié. Ce préjudice peut consister en la non-application d'une loi, d'un règlement ou d'une convention collective favorable au travailleur.

(1) Chapitre V du livre I, Titre I du Code du Travail.
(2) Camerlynck, traité de droit du travail, t.1 contrat de travail. Dalloz 1968 nº 52.

Cette situation peut se rencontrer fréquemment, le recours à un prestataire de main d'oeuvre ayant pour finalité essentielle l'allègement des charges de personnel (1). Or, il est difficile de réaliser cet objectif sans diminuer les droits des salariés alors que l'intervention de la société de services intermédiaires suppose une rémunération supplémentaire.

759. Ce texte est sans aucun doute susceptible d'être appliqué au travail temporaire, qui est une activité de fourniture de main d'oeuvre, et qui implique par nature une mise entre parenthèse de la plupart des dispositions du droit du travail (2). Les prêts temporaires de main d'oeuvre fournis accessoirement à une autre opération-location, assistance technique -, peuvent aussi être interdits si les conditions de travail du salarié prêté sont moins favorables que celles des salariés de l'utilisateur. Le marchandage peut encore être constitué par le prêt de main d'oeuvre masqué sous l'aspect d'un contrat de service déterminé. Il suffit que les salariés du prestataire travaillent régulièrement chez l'utilisateur et que la prestation fournie par l'entreprise de services consiste essentiellement en une fourniture de main d'oeuvre. En revanche, il importe peu que le prestataire continue d'exercer son autorité sur le salarié. Le maintien du lien de subordination ne change rien au résultat de l'opération. Il s'agit dans tous les cas de décharger l'employeur réel de certaines activités de personnel. Le maintien du lien de subordination permet même de réaliser beaucoup plus complètement ce transfert. En effet, l'autorité du chef d'entreprise dans ces domaines d'activités de personnel est essentiellement disciplinaire. Elle n'affecte pas directement l'organisation de l'ensemble de l'entreprise et elle n'a pas d'incidence sur la

(1) voir supra nº 225 et ss.
(2) voir supra nº 398 et ss.

politique industrielle suivie. De nombreux prestataires de services matériels peuvent en conséquence tomber sous le coup de l'incrimination du marchandage. Il en est ainsi notamment des entreprises de nettoiement, de terrassement ou encore de surveillance. Dans toutes ces hypothèses, la réalisation d'un ouvrage se limite en définitive souvent en la fourniture d'un personnel spécialisé. Il est fréquent que les employés de ces entreprises connaissent des conditions de travail très défavorables (1).

760. L'étendue du champ d'application du marchandage devrait permettre d'éviter dans une large mesure la réification du travail humain. Le problème est de savoir comment ce texte sera appliqué. Il est remarquable à cet égard de constater que l'article L. 125 - 1, interdit littéralement tout travail temporaire alors que le législateur avait pris soin de le légaliser un an auparavant, et que la loi du 6 juillet 1973 comporte des références au travail temporaire. Il est possible, dans ces conditions, que la loi, en raison de sa généralité, ne soit pas réellement appliquée. De telles contradictions risquent en effet d'inciter les tribunaux à interpréter très strictement cet article.

La protection du prestataire n'est guère mieux assurée lorsque il est rejeté en raison de considérations tenant à sa personne.

b) Le prestataire rejeté.

761. Les salariés bénéficient de nombreuses protections contre les discriminations dont ils peuvent souffrir. Les plus importantes concernent la protection des femmes (2), la garantie de la vie privée (3), et la

(1) voir supra nº 378 et ss.

(2) Camerlynck et Lyon Caen, Droit du Travail op cité nº 274 et ss. adde le renforcement de ces mesures par la loi du 11 juillet 1975 D.1975-L.271 et le décret du 5 août 1975 (D. 1975-305).

(3) M. Despax, la vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail J.C.P.1973.I.1776 ; adde pour la clause de célibat cass. soc. 7 février 1968. D. 1968.429, R.T.D. Civ. 1968.557; pour le remariage apres divorce d'une institutrice d'école religieuse voir cass. ch. mixte 17 octobre 1975 Bull. nº 5.

lutte contre le racisme (1).

Il est peut-être regrettable que ces textes ne concernent que le travailleur salarié et non les prestataires de services indépendants. La discrimination, notamment raciale, joue sans doute peu lorsque l'entreprise est sous forme sociale. Il n'en est pas de même pour l'entreprise individuelle. Le prestataire peut alors être conduit à supporter les mêmes discriminations que le salarié. Cette absence de protection spécifique est d'autant plus remarquable que le législateur s'est préoccupé du sort du bénéficiaire du service.

B. La protection du bénéficiaire.

762. La protection du bénéficiaire est essentiellement réalisée par la loi du 1er juillet 1972 (2) qui interdit tout refus de prestation de services fondé sur des raisons raciales ou religieuses. Cette incrimination peut paraître faire double emploi avec l'ordonnance du 30 juin 1945 qui prohibe aussi le refus de prestation de services (3) quels qu'en soient les motifs (4).

Le texte nouveau a cependant une portée plus large que l'ancien. Il n'est notamment plus exigé que le refus de prestation de service émane d'un professionnel. La loi de 1972 en effet cherche à atteindre directement les comportements racistes et elle ne tend pas à sanctionner des conduites économiques. Des incertitudes demeurent cependant. Il est possible de se

(1) J.Foulon-Piganiol, la lutte contre le racisme D.1972 ch.261 A.Decoq, commentaire de la loi du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme Rev. Sc.Gim. 1973-145.
(2) J. Foulon-Piganiol, art. précité - B. Decoq art. précité. Voir aussi M. Contamine - Raynaud, l'intuition personne dans les contrats, thèse Paris II. 1974 nº 351 et ss.
(3) Voir infra nº 817 et nº 827 et ss.
(4) Colmar, 25 février 1972 D.1972 - som. 93.

demander si le refus de proposer une offre est incriminé ou si seul le refus de donner suite à une offre ferme est sanctionnable. Il semble nécessaire de distinguer selon que le prestataire est ou n'est pas un particulier. La répression d'un refus d'offre de services est en effet concevable pour un professionnel, mais ne l'est pas pour un particulier.

La loi nouvelle en outre ne prévoit aucun fait justificatif au refus de prestation de service. Elle ouvre aussi largement l'action civile aux associations de lutte contre le racisme. Cette possibilité existe aussi depuis la loi du 27 décembre 1973 pour les infractions économiques (1). Il est peu probable cependant que les associations de lutte contre le racisme répondent aux conditions posées par la loi du 27 décembre 1973.

Ce renforcement de la répression vise d'abord à assurer le respect de la personne des contractants. Il implique aussi une moralisation des activités économiques.

§ II. La moralité des affaires.

763. La police du commerce est traditionnelle, et elle constitue une condition de l'exercice normal de la concurrence. Elle consiste essentiellement à écarter les prestataires malhonnêtes et à sanctionner pénalement certains comportements dans l'exécution des prestations.

---

(1) sur la recevabilité de l'action civile avant la loi de 1973 voir cass. crim. 11 juillet 1962 - J.C.P. 1962.II.12789. bull. crim. 244. D.1962.497 rap. Costa. R.T.D. Civ. 1963.103 ; sur l'évolution de la jurisprudence voir M. Delmas-Marty, Droit pénal des affaires Themis PUF 1973 p. 548 et s. sur la loi du 27 décembre 1973 voir J. Calais Auloy, la loi Royer et les consommateurs D. 1974 - ch. 91 - Serna et Ch. Benoît, le dispositif d'orientation du commerce et de l'artisanat. J.C.P. 1974.I.2643.

A. Le prestataire.

764. De nombreuses professions de services font l'objet d'une règlementation en raison de l'importance prise par la personne du prestataire dans ces secteurs. Ces règles sont le plus souvent d'origine légale. Une organisation purement corporative tend aussi à se développer dans les professions inorganisées.

a) Les règlementations légales.

765. Les professions libérales connaissent les structures les plus contraignantes. L'accès à la profession aussi bien que son exercice sont étroitement organisés. Dans les professions traditionnelles, le contrôle de ces règles est assuré par des instances corporatives dotées d'un pouvoir disciplinaire (1). Dans les secteurs plus récents, la police professionnelle est souvent assurée par les autorités publiques. L'exemple des conseils juridiques, qui après une longue période de liberté ont connu comme une règlementation étroite est à cet égard remarquable (2), mais il n'est pas isolé (3).

766. Les professions non libérales sont assez souvent soumises aussi à des règlementations légales. Ces réglementations sont surtout fréquentes pour les professions fournissant des services aux particuliers. Elles

(1) voir supra nº 63 et ss.
(2) R. Savatier, la profession de conseil juridique, recherche pour un statut D.1969.ch.145.H. Blanc, Regards sur la nouvelle profession de conseil juridique Rec. gen. Lois jur. 1972.533.
(3) voir par exemple la règlementation des conditions d'exercice des établissements d'enseignement à distance, qui sont soumis à l'autorité pédagogique et financière du ministre de l'éducation (Loi 71.556 du 12 juillet 1971.D.71.286 art. 2 et suite..

se traduisent généralement par l'instauration de conditions d'accès plus ou moins strictes, ou par l'exigence d'un agréement administratif (1). Le souci de moraliser la concurrence rejoint ici le souci de protection du consommateur.

Ces structures légales ne font le plus souvent que suivre des pratiques corporatistes.

b) Les règlementations corporatistes.

767. L'absence de statut légal conduit souvent les entreprises à se regrouper dans des syndicats professionnels, dont un des objectifs est la promotion de la profession (2).

L'adhésion à ces groupements a pour conséquence l'engagement d'adopter certains modèles de contrats (3), d'offrir certaines garanties financières, etc...

La violation de ces règles ne peut entraîner bien évidemment de véritables sanctions pénales ou disciplinaires. Il est notamment impossible d'exclure le non adhérent de la profession (4). Cependant, l'exclusion du groupement est toujours possible. Ce système de contrôle déontologique peut cependant présenter des inconvénients, notamment au

(1) voir par exemple la loi 75.627 du 11 juillet 1975 réglementant les agences de voyages D.1975.L.274.

(2) voir par exemple le rôle joué par Syntec, syndicat des professions de l'ingenierie. Cette fonction publicitaire est particulièrement importante lorsque les professions font l'objet d'une certaine suspicion. Voir à cet égard l'action jouée par les syndicats professionnels en matière de travail temporaire (Le Monde du 3 et du 4 mars 1976).

(3) sur l'importance des syndicats dans le développement des conditions générales voir A. Deuse les conditions générales des contrats - in mélanges A. Jauffret op cité p.824 et ss.

(4) une telle exclusion serait contraire au principe de la liberté du commerce. Elle constituerait une entente illicite (voir J.B.Blaise, le statut juridique des ententes économiques op cité lib. tech. 1964 n° 173).

regard du droit de la concurrence (1). Il ne peut constituer à ce titre un moyen suffisant pour assurer la moralité des affaires. Il importe de s'assurer que la prestation est fournie dans des conditions normales (2).

B. La prestation.

768. Ce contrôle est assuré à posteriori, par la fixation de règles pénales. Le droit pénal classique des affaires ne sanctionne pas directement la faute contractuelle. Il réprime essentiellement l'atteinte illicite à la propriété. Cela est vrai même lorsque, comme dans l'abus de confiance, un contrat est exigé pour constituer l'infraction (3). Le contrat n'est que le moyen de réaliser l'infraction. Le droit pénal classique s'applique donc aux services dans la mesure où ils peuvent être assimilés à des biens. La protection pénale des contrats de services demeure exceptionnelle.

a) Les services en tant que biens.

769. Les services appropriés peuvent être directement protégés par la voie pénale. Le délit de contrefaçon en fournit la preuve. En revanche, la protection pénale est beaucoup plus limitée lorsqu'il n'existe aucun droit de propriété.

1. Les services appropriés.

770. Le délit de contrefaçon sanctionne l'atteinte aux propriétés incorporelles. Il constitue en conséquence une sanction de l'atteinte aux services, dans la mesure où ces droits sont le résultat de l'appropriation de certains services soit directement en matière de brevet, soit indirectement en matière de marques de service (4).

(1) A. Seube art. précité p. 625.
(2) M. Delmas, Marty, droit pénal des affaires op cité p. 7 et 11.
(3) ceci explique que dans l'abus de confiance, le contrat n'est qu'une condition préalable et non un élément constitutif de l'infraction (M. Delmas-Marty op cité p. 196 et s.).
(4) voir supra n° 662 et 663.

Le délit de contrefaçon de brevet (1) est constitué par la fabrication, la mise en vente ou la détention en vue de leur introduction sur le marché des produits contrefaits ou encore par l'utilisation des moyens ayant fait l'objet du brevet. Le caractère économique du délit est nettement marqué. L'utilisation personnelle ou destinée à l'expérimentation échappe en effet à la répression. La loi distingue entre la valeur économique créée par l'activité de l'inventeur et l'activité scientifique elle-même. Seule la première fait l'objet d'une protection pénale.

Cette caractéristique se retrouve aussi dans la contrefaçon de marque (2) qui fait l'objet d'une répression plus sévère que la contrefaçon de brevet, bien que cette propriété ne protège qu'une valeur purement commerciale. Les délits de contrefaçon et d' imitation frauduleuse de marques ne sanctionnent que l'utilisation économique de signes distinctifs. Ils n'interdisent pas l'exercice d'une activité de service identique.

La protection des services demeure indirecte. Elle est encore plus atténuée lorsque la prestation peut faire seulement l'objet d'une possession et non d'une propriété.

2. Les services possédés.

771. L'incrimination de la violation des secrets de fabrique (3) constitue sans doute la sanction pénale de l'atteinte au know-how, simple possession incorporelle. Il est certain en effet que le secret de fabrique constitue un élément du savoir-faire. La jurisprudence récente tend d'ailleurs à

(1) A. Chavanne, la loi du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive.J.C.P.1968.I.2186.R. Plaisant la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention D. 1969.ch. 99. P. Mathely Droit des brevets d'invention Lib. tech. 1975.

(2) A. Chavanne, la loi du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service. D.1965.ch.83. R. Plaisant, la réforme du droit des marques de fabrique J.C.P.1966.I.1972.

(3) M. Delmas-Marty op cité p. 101 et s. adde supra nº 489.

rapprocher de la définition du savoir-faire, la définition des éléments constitutifs du délit de l'article 418 : caractère secret (1) et caractère industriel (2). Mais le domaine du know-how demeure beaucoup plus large que celui des secrets de fabrique (3).

Cette protection pénale légitime et renforce l'appropriation de fait de certaines connaissances. Elle ne suffit cependant pas à la transformer en appropriation de droit. La loi en effet ne protège ni le secret en lui-même, ni l'appropriation des connaissances élaborées dans l'entreprise. La finalité du texte est autre et apparaît à travers les conditions exigées de l'auteur de l'acte. Le secret de fabrique n'est pas protégé contre toute divulgation, mais il l'est seulement contre celle émanant des salariés. La loi prohibe la communication, c'est-à-dire essentiellement l'échange marchand, par les salariés des connaissances qu'ils ont pu acquérir pendant leur travail (4). Cette infraction permet donc à l'entreprise de réaliser une certaine protection des inventions non brevetées, mais seulement de manière relative. L'opposabilité du droit de l'entrepreneur n'est pas absolue. Elle ne joue qu'à l'égard d'une catégorie de tiers : le personnel de l'entreprise. Il s'agit plus d'empêcher l'appropriation des produits de leur travail par les salariés que de permettre cette appropriation par l'entrepreneur.

---

(1) cass. crim. 12 juin 1974 J.C.P. 1974 IV 276.
(2) cf. Douai 16 mars 1967. D.1967.p.37. R. Plaisant.
(3) voir supra nº 489.
(4) il est remarquable que les conditions dans lesquelles le salarié a acquis ces connaissances soient différentes. Le délit est constitué du seul fait de la communication intentionnelle à des tiers, même si les inventions ont été faites par lui dans le cadre de son travail (cf. M. Delmas-Marty op cité p. 184.).

772. Cette infraction ne peut être considérée cependant comme un moyen de sanctionner une faute contractuelle car s'il en était ainsi le délit ne pourrait être commis que par le salarié pendant la durée du contrat de travail. Or, la jurisprudence admet que l'infraction puisse être commise par un ancien salarié, tant que les connaissances sont restées secrètes (1). La loi pénale ne protège donc pas essentiellement la relation contractuelle. Mais elle renforce le lien de subordination qui traduit la maîtrise d'un homme sur un autre. Or, cette maîtrise tient plus à la relation de travail qu'à l'accord de volonté. Une nouvelle discipline est ainsi imposée au salarié, discipline qui renforce le pouvoir privé de l'employeur.

773. Le Droit pénal ne protège donc directement la valeur économique des services que lorsque des circonstances particulières l'exigent. Certains tribunaux ont cependant cru pouvoir admettre que l'escroquerie pouvait être constituée lorsque les manoeuvres frauduleuses avaient eu pour but l'obtention de certains services (2). Or le délit d'escroquerie suppose la remise d'une chose - somme d'argent ou autre - et non l'obtention d'un service (3), qui ne constitue que l'exécution d'une obligation de faire. Le service quelle que soit sa valeur économique ne peut être assimilé à une chose. Cette extension du domaine de l'escroquerie est donc critiquable(4).

Elle est contraire au principe d'interprétation stricte des textes pénaux et elle transforme la répression d'une appropriation frauduleuse en répression de faute contractuelle. Or, les services en tant que contrats ne sont qu'exceptionnellement protégés pénalement.

(1) Cass; crim. 22 décembre 1955 Bull. crim. nº 597, rev. sc. crim.1956. 334 ; cass. crim. 10 décembre 1957 Bull. crim. nº 822.
(2) Trib. corr. Lyon 18 juin 1970 J.C.P. 1970.II.16514.
(3) Il est évident en revanche que la fourniture de services fictifs peut constituer un moyen de réaliser une escroquerie cf. en matière de franchises un panorama des techniques frauduleuses les plus fréquentes : J.J. Teston et G. Teston, le franchising, Delmas 1973.p.14.
(4) M. Delmas-Marty op cité p. 163 et s. et p. 170.

b. Les services en tant que contrats.

774. L'offre de service peut, comme toute offre de contracter, constituer une manoeuvre frauduleuse au sens de l'article 405 du Code pénal. Certaines activités de services sont assez facilement susceptibles d'être utilisées à cette fin (1). L'offre d'adhésion à une chaîne de franchise par exemple impliquant la promesse de résultats rapides peut aisément attirer une clientèle naïve (2). Les conditions de l'affiliation - la réunion d'un grand nombre de franchisés autour d'un franchiseur unique - permettent à ce dernier de réaliser des profits importants, rapides et frauduleux. Il lui suffit de demander le versement immédiat d'un droit d'adhésion élevé moyennant l'offre de méthodes de gestion infaillibles mais inexistantes.

Ces pratiques ne présentent cependant aucun particularisme juridique notable. La loi pénale en outre ne sanctionne pas dans ces hypothèses la malhonnêteté contractuelle mais elle sanctionne l'appropriation illicite du bien d'autrui.

775. La situation à cet égard est sensiblement différente dans l'abus de confiance. Le contrat sans doute n'est pas un élément constitutif du délit mais seulement une condition préalable (3), et le délit n'est constitué que par le détournement d'un bien, mais le contrat joue cependant un rôle plus important que dans l'escroquerie où il n'est jamais exigé. Dans l'abus de confiance, il doit nécessairement y avoir un contrat préalable. Cette infraction réprime donc indirectement l'inexécution fautive de certains contrats (4).

(1) voir par exemple la loi 71.556 du 12 juillet 1971 (D.1971.L.286) qui réglemente étroitement les établissements d'enseignement à distance et particulièrement la publicité de ces établissements (art. 10 et s.)
(2) J.L. et G. Teston, le franchising op cité.
(3) M. Delmas-Marty op cité p. 1[illegible].
(4) Le caractère indirect de la répression de la faute contractuelle apparaît clairement à travers la jurisprudence qui admet que l'abus de confiance est possible même si le contrat est nul (Cass. crim. 18 février 1[illegible].1958.L.[illegible]).

Or de nombreux contrats de services rentrent dans les catégories prévues par l'article 408 al. 1 du Code pénal. De très nombreux services matériels, et même parfois intellectuels, nécessitent la remise d'une chose au prestataire soit à titre de dépôt, soit dans le cadre de mandats nécessaires à une opération de gestion. Le louage de meubles en constitue un autre cas. Ce dernier contrat présente cependant une particularité dans la mesure où la remise est effectuée par le prestataire, le détournement étant l'oeuvre du bénéficiaire. Dans les autres conventions en effet, le délit en matière de services émane essentiellement d'un professionnel. Ces contrats sont cependant en nombre limité et le législateur a été conduit à prévoir des incriminations particulières adaptées à des contrats déterminés.

La promotion immobilière en offre un exemple. La loi du 16 juillet 1971 prohibe dans son article 39 l'exigence ou l'acceptation de versements préalables à la signature du contrat ou à l'exigibilité des créances (1). Le délit est constitué non lors du détournement, mais dès le versement. Les risques courus par les particuliers conduisent donc à insérer ces contrats très étroitement dans le cadre de la sanction pénale.

776. A l'inverse, les prestations de services peuvent parfois faire disparaître l'infraction. Le problème se pose essentiellement dans le délit d'usure à propos de contrats comme le factoring qui associent à l'opération de crédit la fourniture de services (2).

---

(1) M. Delmas-Marty op cité p. 275.

(2) L'existence de services est d'une manière générale l'un des éléments constitutifs de ce contrat qui ne saurait être ramené à une simple opération de crédit.

Le délit d'usure depuis la loi du 28 décembre 1966 (1) s'applique à "toutes les avances de fonds rémunérées par un intérêt". Le délit est constitué lorsque le "taux effectif global" dépasse d'un certain pourcentage des taux autoirs. Le taux effectif global est calculé en prenant en considération l'intérêt perçu ainsi que tous les frais et toutes les rémunérations afférentes à l'octroi du prêt. Le but de la loi est d'éviter que le gonflement artificiel des frais conduise à un renchérissement du crédit malgré un taux d'intérêt apparemment bas.

777. Il est certain que les avances consécutives à un contrat de factoring rentrent dans le champ d'application de la loi du 28 décembre 1966 (2). Mais dans cette opération une part importante du prix est constituée par la commission de factoring qui rémunère les services fournis par le factor non liés à l'ouverture de crédit (3). Cette rémunération ne peut être prise en considération pour déterminer le taux effectif global. Cette solution, aussi justifiée soit-elle, entraîne le renouvellement des errements que la loi de 1966 avait voulu supprimer. Il risque d'être délicat en effet de distinguer entre la rémunération de services réels et la rémunération déguisée du prêt. L'efficacité de la répression de l'usure en matière de factoring peut donc se heurter à d'importants obstacles.

La répression de l'usure n'a pas pour seule finalité de réaliser la mise en œuvre d'un idéal de moralité. Elle répond aussi à une finalité économique.

---

(1) Gavalda et Stoufflet J.C.P. 1968.I.2171 - Droit de la Banque op cité nº 426 et s.

(2) Gavalda Rep. Com. Dalloz Vº factoring nº 54.

(3) Les services sont un élément essentiel du contrat. L'ouverture de crédit n'en est qu'une modalité fréquente mais non nécessaire (voir supra nº 354).

SECTION II. L'ORDRE ECONOMIQUE.

778. Sous le vocable d'ordre public économique, il est d'usage de traiter essentiellement du dirigisme économique né au XXe siècle. C'est négliger en réalité l'existence d'un ordre public libéral qui a de tous temps posé des bornes à la liberté économique.

La liberté de la concurrence est un des fondements essentiels de cet ordre libéral (1). La tendance à la patrimonialisation des activités économiques limite cependant la fluidité des échanges et donc la liberté de la concurrence. La volonté d'appropriation des clientèles, en est un exemple (2). Plus généralement, les sujets de droit cherchent à atténuer par voie contractuelle les effets de la concurrence. Dans le domaine des services, les clauses de non concurrence se rencontrent essentiellement en matière de know-how. Leur licéité est souvent contestable (3) même si la jurisprudence leur témoigne une faveur relative (4). Elles sont en effet non seulement un obstacle à la concurrence, mais elles "violentent aussi les libertés humaines élémentaires" (5) en limitant la liberté de la connaissance et la liberté du travail (6).

779. A côté de l'ordre libéral, l'ordre public économique s'exprime essentiellement à travers le droit pénal économique. Il ne s'agit plus comme dans le droit pénal des affaires classique de protéger les biens, mais d'atteindre directement les activités économiques. Les services sont en conséquence directement concernés par ces mesures, au même titre que l'ensemble des contrats professionnels. Les services sont ainsi les éléments d'une réglementation uniforme. Le particularisme de ces prestations a cependant parfois modifié le contenu de cette réglementation générale. La notion de services apparaît alors comme l'élément d'une réglementation spécifique.

(1) Y. Serra, l'obligation de non concurrence Sirez 1970 nº 3.
(2) idem nº 4 et s. adde supra nº 746 et ss.
(3) G. Lyon Caen note sous Cass. soc. [illegible]
(4) Y. Serra op cité nº 18
(5) J. Carbonnier note sous Poitiers 8 novembre 1949 [illegible] II.5205.
(6) voir supra nº [illegible] et ss. Cependant un rappel de l'existence de l'ordre libéral [illegible] avant d'[illegible] l'[illegible] de l'ordre dirigiste.

Sous-section I. Les services, éléments d'une règlementation uniforme.

780. Le souci d'appréhender l'ensemble des activités économiques apparaît à travers la généralité de la notion de services. Cette généralité se manifeste aussi bien dans la délimitation du domaine d'application de la législation économique, que dans la définition des incriminations.

§ I. La généralité du domaine d'application.

781. L'ordonnance du 30 juin 1945 sur lesprix aussi bien que la loi du 29 décembre 1972 sur les ventes avec primes ne définissent pas la notion de services. Cette indifférence tient à la conception que le législateur a des services dans le domaine du droit économique. Leur rôle est de compléter la notion de produit et de permettre une règlementation de tous les échanges économiques. La notion de service cependant, malgré sa généralité, comporte des limites.

A. La généralité de la notion.

782. Les textes de droit pénal économique donnent à la notion de service un caractère essentiellement négatif. La loi du 21 octobre 1940, modifiée par la loi du 8 juin 1943 en fournissait un exemple très clair. Ce texte considérait comme service "tout ce qui n'était pas produit"(1). L'ordonnance du 30 juin 1945, qui a succédé à cette législation précise de même, dans son article 60, que l'ordonnance s'applique à tous "les

(1) sur ce texte voir G. Levasseur, Le nouveau régime répressif de la réglementation des prix J.C.P.1943.I.370.

produits et à tous les services" (1). Dans le même sens, la loi du 29 décembre 1972 a étendu aux prestations de services la prohibition des ventes avec primes, afin d'atteindre toutes les pratiques qui échappaient à la législation antérieure(2). Les tribunaux avaient en effet refusé sous l'empire de la loi de 1951 de condamner les ventes assorties de primes consistant en prestations de services (3). Le Conseil d'Etat avait en outre annulé l'article 2 du décret du 19 septembre 1951, qui étendait l'application de la loi de 1951 aux prestations de services (4).

783. Dans toutes ces hypothèses, la conception du législateur vise à conférer aux services un domaine d'application très large.

Certains auteurs considèrent ainsi que les services "embrassent toutes les manifestations de l'activité humaine qui servent à quelqu'un et qui sont utilisées par lui d'une manière non gratuite. Ils constituent l'objet d'une obligation de faire ou d'opérations juridiques portant sur des biens incorporels" (5).

---

(1) Une même conception inspire le traité instituant la C.E.E. qui ne propose aucune définition, mais se contente (dans son article 60) de considérer comme service, toute prestation qui "n'est pas régie par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes". Il faut cependant remarquer que le traité est plus précis que le législateur français dans la mesure où il distingue nettement les services des activités portant sur les capitaux.

(2) J. Hémard, La nouvelle réglementation des primes et cadeaux D.1974. ch. 223 nº 8 et ss.

(3) voir pour un teinturier Toulouse 16 juillet 1952.D.1952.631 pour un cinéma Orléans 18 décembre 1964.D.1965.147.

(4) C.E. 1er juin 1956 J.C.P. 1957.II.9749. n. Hemard ; S. 1956.84.

(5) G. Levasseur, le nouveau régime répressif de la règlementation des prix. J.C.P. 1963.I.1730 nº 19.

Le service devient synonyme de contrat synallagmatique n'entraînant pas transfert de propriété corporelle (1).

784. En outre, la qualité de prestataire de service rejaillit sur les contrats passés par ces derniers. Si tout contrat de service fourni par un professionnel est soumis à la règlementation économique, il en est de même inversement pour tout contrat quel que soit son objet, passé par un prestataire de services. L'entreprise de garage offre un exemple significatif de cette dernière situation.

Un garagiste avait imaginé un procédé ingenieux pour échapper à la taxation des prix (2). Une Société civile immobilière dont il était le gérant, louait des emplacements pour véhicules, non clos, mais séparés par des murets. Le fils du gérant exploitait une boutique de vente d'accessoires dans l'immeuble contigu. Sur le trottoir, en face de la remise, deux postes d'essence étaient exploités par la Compagnie Française de Raffinage. Enfin, une partie de l'immeuble était louée à un artisan, réparateur automobile, indépendant.

L'administration avait cependant considéré que l'activité de la société civile était une activité de garage public, et non de louage d'immeuble (3).

La Cour de Cassation, à la suite des juges du fond, adopta la doctrine de l'administration et considéra que l'indépendance formelle des différentes personnes juridiques, ne pouvait masquer l'unité économique liant des différentes activités caractéristiques d'une entreprise

(1) L. Focsaneanu, la loi du 29 décembre 1972 sur les ventes et les prestations de services avec primes J.C.P.1973.I.2548 nº 21.
(2) Cass. crim. 11 décembre 1968 Bull. nº 822 ; J.C.P.1969.I.195 ; D.1969 297.R.T.D. Com.1969.819 obs. Bouzat.
(3) sur la différence entre un garage public et un garage privé voir Paris 24 juin 1969. R.T.D. Com. 1970.186 obs. Hémard.

de garage public. Cette notion définit directement en effet certaines activités économiques. La technique juridique d'organisation des diverses prestations avait peu d'importance dès lors que ces services et ces fournitures concourraient à la réalisation d'un ensemble homogène soumis à une direction unique (1).

La Cour de Cassation n'avait plus ensuite qu'à tirer les conséquences logiques de cette analyse. L'entreprise de garage public étant une entreprise de service (2), elle est soumise en tant que telle à la règlementation économique (3). Les différentes opérations effectuées par ce prestataire notamment la location d'emplacements, doivent respecter cette règlementationet il importe peu en conséquence de connaître les conditions dans lesquelles ont été loués les emplacements. Cette activité s'intégrant dans une entreprise de garage ne peut être assimilée à une location d'immeuble, même si une utilisation privative des locaux est apparemment assurée.

---

(1) un problème comparable, mutatis mutandis, se pose dans les groupes de Sociétés en droit du travail. Les catégories du droit civil et du droit commercial sont utilisées pour échapper à la législation d'ordre public. Il est d'ailleurs remarquable que la doctrine et la jurisprudence n'admettent que de manière restrictive l'autonomie de ces qualifications et cherchent souvent à les définir par rapport aux catégories traditionnelles du Droit Privé. Sur cette question, voir M. Despax, groupes de sociétés et contrat de travail, Droit soc.1961. 596. Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel J.C.P. 1972.I.2465 ; I.Vacarie groupes de sociétés et relations individuelles de travail. Droit soc. 1975.23 ; Comp. B. Oppetit, groupes de Sociétés et droit du travail, Rev. Soc. 1973.69.

(2) Il est à remarquer qu'ici l'entreprise n'est pas considérée comme une personne juridique autonome. De même l'intérêt de l'entreprise n'est-il pas envisagée. L'entreprise est simplement considérée comme le lieu de polarisation d'un certain nombre d'activités et de relations juriques.

(3) cf. H. Guerin, note sous Paris 12 octobre 1966.J.C.P.1967.II.14936.

Ainsi des prestations nées de contrats juridiquement indépendants, liées exclusivement par leur fonction économique peuvent-elles voir leur nature juridique modifiée du fait de leur intégration dans un ensemble homogène (1). La Cour de Cassation après avoir fait prévaloir l'unité économique de direction sur l'autonomie juridique des divers exploitants a fait prévaloir l'unité fonctionnelle de "l'entreprise" sur l'indépendance des différents contrats (2).

785. Cette solution doit d'ailleurs être rapprochée de celle admise sans difficulté pour le contrat d'hôtellerie. L'hôtelier est toujours un prestataire de service. La location de la chambre ne change pas de nature juridique selon que le client utilise ou n'utilise pas les différents services de l'hôtel.

La solution admise en matière d'entreprise de garage ne peut cependant pas avoir une portée absolue. La procédure administrative utilisée en la matière et les notions qui en découlent (garage public, ou privé) (3), commandaient dans une large mesure la méthode des juges. La notion de services, malgré son étendue comporte donc des limites.

B. Les limites.

786. Les limites de la notion de service ne se découvrent pas seulement dans la notion de produit. La distinction produit-service, ne constitue pas en effet une summa divisio (4). Il existe d'autres notions qui coexistent avec lesproduits et les services.

(1) Comp. Teyssié, les groupes de contrats op cité nº 176 p. 96.
(2) Cette analyse fait ressortir l'inadequation de la distinction entre obligations principales et obligations accessoires. Ce critère peut jouer dans le cadre d'un contrat unique. Il est inutilisable dans le cadre de contrats juridiquement autonomes.
(3) Pour cette question H. Blérin, note précitée J.C.P. 1967.II.14936.
(4) Voir par exemple l'article 60 du traité de Rome qui fait rentrer dans la catégorie des services les activités qui ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

La vente de meubles corporels s'oppose naturellement à la prestation d'un service. En particulier, les services ne peuvent pas être confondus avec les opérations portants sur des capitaux et notamment les opérations de crédit (1) qui se caractérisent par le transfert de la propriété de meubles corporels (2).

Bien que l'immeuble ne soit pas un produit, sa vente ne constitue pas une prestation de service. L'existence d'un transfert de propriété est trop contraire à l'idée de la prestation d'un service. C'est pourquoi aussi les transferts de propriété incorporelle ne peuvent être classés dans la catégorie des prestations de services (3)

La solution est moins aisée pour les contrats portants sur les biens corporels ou incorporels et n'impliquant pas de transfert de droit réel. La législation économique en effet n'oppose pas le produit au service, mais la vente d'un produit à la prestation d'un service. Il

---

(1) Gavalda et Stoufflet. Droit de la Banque, op cité nº 567. Cette solution se distingue de celle admise en matière de marques, où les activités bancaires sont considérées comme des activités de services sans que des distinctions soient opérées entre les différentes prestations bancaires. sur les raisons expliquant ces différences de domaine, voir supra nº559.

(2) Bien qu'elle soit "fabriquée", il est douteux qu'une somme d'argent soit un produit. Son rôle économique et juridique lui confère un particularisme trop nettement marqué (cf.Carbonnier Droit Civil tome 3, Thémis PUF 1973 nº 5 et ss).

(3) Comp. G. Levasseur art précité et L. Focsaneanu art précité, la loi du 29 décembre 1972 sur les ventes et prestations de services avec primes J.C.P.1973.I.2548 nº 21. Ces auteurs justifient leur solution en constatant que ces droits ne sont pas des produits. Or cette constatation n'est pas suffisante lorsqu'on a pris conscience de ce que la dichotomie produit-service n'est pas absolue, et laisse subsister d'autres notions. Comp.aussi la solution donnée par le traité de Rome qui considère que ces opérations constituent des services pour l'application du principe de la libre prestation des services (titre III A,2º al. du programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services. Adde P. Julliard, La nouvelle règlementation des transferts techniques internationaux. J.C.P. (C.I.) 1971.II.[illegible] nº [illegible].)

faut en conclure, semble-t'il que les licences de droits intellectuels constituent des services au regard de la législation économique. Il est vrai que ces droits échapperont souvent à cette règlementation dans la mesure où ces opérations ne sont normalement pas fournies professionnellement.

787. La question est surtout délicate pour la location d'immeubles (1) bien que l'article 60.1 de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix exclut formellement ce contrat du champ d'application de la règlementation économique. Le législateur ne précise pas en effet si cette exclusion tient à la nature de la location d'immeubles ou à d'autres raisons (2). Le sens du texte est cependant clair.

L'article 60.1 dispose en effet que "l'ordonnance s'applique à tous les produits et à tous les services notamment aux prix des locations autres que celles portant sur des immeubles...". La mise à l'écart de l'immeuble tient manifestement à ce qu'il n'est pas un service. Cette solution est parfaitement justifiée dans la mesure où le service suppose l'existence d'une prestation positive apte à résoudre un problème particulier et déterminé. Or cette idée n'apparaît pas dans la location d'immeuble.

788. Il n'est pas certain cependant que cet argument permette d'écarter la location d'immeubles du champ d'application de textes ne l'excluant pas formellement. La loi de 1972 sur les ventes et prestations de services avec primes notamment est silencieuse sur ce point. Certains auteurs en ont déduit que la location d'immeubles devait être considérée

(1) Le problème ne se pose pas pour la location de meubles. L'ordonnance du 30 juin 1945 (article 60.1) la considère expressément comme un service, solution qui n'est pas contestable lorsqu'on examine en détail l'opération (voir supra nº 307 et ss.)

(2) En règle générale, en effet, l'ordonnance ne précise jamais les motifs d'exclusions de certaines activités. Souvent cette exclusion se justifie par la soumission à d'autres dispositions règlementaires, et non par la nature de l'acte.

comme une prestation de services pour l'application de ces textes (1). Cette dualité de solutions ne se justifie pourtant pas. La loi de 1972 renvoie à l'ordonnance de 1945 pour la détermination des peines applicables. Il est normal dans ces conditions que la définition des services soit identique dans les deux textes, alors qu'aune raison particulière ne justifie une solution différente. Un souci de simplicité et d'unité milite au contraire dans le sens d'une notion unique. L'exclusion du louage d'immeuble du domaine de la législation économique est d'autant plus importante que de nombreuses activités voisines en font partie.

789. La distinction entre louage d'immeubles et contrat d'hôtellerie ne fait pas de difficulté (2). La fourniture d'une chambre n'est qu'un des aspects d'une prestation qui implique de nombreux autres services : garde d'objets, destauration, service de nettoyage, etc... La même analyse peut être menée à propos des activités de camping (3). La solution est en revanche moins évidente pour la location en meublé qui comprend peu de fournitures annexes. Le conseil d'Etat a cependant considéré qu'il s'agissait d'une activité de service (4).

La discussion a surtout porté sur la location de dortoirs et le contrat de garage. La cour de cassation a été conduite ainsi à préciser la notion de service. Pour affirmer que la location de dortoirs était une prestation de service, la cour de cassation a mis l'accent sur deux aspects spécifiques du contrat (5). Le prestataire fournit un lieu pour dormir ainsi que le droit d'utiliser des installations collectives, même sommaires.

(1) L.Focsanéanu art. précité nº 21. Comp. J. Hémard La nouvelle règlementation des primes et cadeaux D.1974 ch. 223 nº 9.
(2) L'article 60 I b de l'ordonnance du 30 juin 1945 prévoit expressement l'application du texte à ces activités. Une procédure spéciale est cependant mise en oeuvre. Elle résulte d'un décret 66-371 du 13 juin 1966 et de la loi 66-965 du 26 décembre 1966.
(3) Cass. crim. 15 avril 1970 R.T.D.Com. 1971.790 obs. Bouzat. Sur l'originalité de ce contrat et l'obligation de garde qu'il implique voir T.I. Arcachon 17 janvier 1975 D. 1976.306 n. L. Bihl.
(4) C.E. 12 octobre 1956 act. jur. dr. adm. 1957 II 40.
(5) Cass. crim. 13 novembre 1970, rejetant le pourvoi contre Trib. corr. Lyon 29 janvier 1970.J.C.P.1971.II.16802 n. Guérin.

Le service apparaît donc lorsque la location porte sur un emplacement à affectation déterminée, ne permettant pas une utilisation privative. Ces conditions matérielles traduisent aussi l'existence de prestations de maintenance (chauffage, entretien) nécessaires pour assurer un minimum de vie collective.

Ces caractères se retrouvent aussi dans le contrat de garage (1). Pour la Cour de Cassation, deux éléments permettent d'affirmer que cette convention constitue une prestation de service.

D'abord, le garagiste assure une obligation de surveillance, qui constitue en elle-même une prestation de service. Le contrat de garage en effet ne constitue pas un simple dépôt, mais un véritable contrat de garde (2). Ensuite, la cour considère que la simple location d'emplacement est en soi une prestation de service (3). En effet, à la différence de la location d'immeubles, le local est aménagé par le prestataire en fonction d'un but [illegible]. L'espace fourni ne peut être utilisé que pour des fins déterminées dans le contrat. [illegible] il est inséré dans un [illegible] sa signification.

---

(1) Cass. Crim. 8 novembre 1967. Bull. nº 6[illegible], [illegible] 1968. obs. Bouzat, adde cass. crim. 13 juin 1974 D.1974 som. 100 J.C.P.1974.[illegible].

(2) A. Tunc . Le contrat de [illegible] comp. pour un emplacement [illegible] som. 88 R.T.D. Com.1975.[illegible]

(3) Comp. cass. civ. 29 juillet 1975 bull. II.214 qui admet qu'un hôtelier était déchargé de son obligation de surveillance sur le véhicule du client parce qu'il n'avait pas mis à sa disposition un local déterminé et spécialement affecté à l'office de garage.

La notion de service reste ainsi très large. Le domaine d'application très général de ces règlementations permet à l'autorité publique de moduler ses interventions selon les moments et les domaines qu'elle juge opportuns (1). Cette faculté est d'autant plus grande que les incriminations sont très variées et très générales.

§ II. La généralité des incriminations.

790. Le législateur afin de normaliser la concurrence a été conduit à règlementer tous les éléments de formation du contrat. Le droit pénal économique s'est d'abord appliqué au prix des prestations, et il s'est ensuite étendu aux conditions de manifestation du consentement ainsi qu'à l'objet de la convention.

A. Le prix.

791. La pratique de prix illicite constitue l'infraction de base de ce système. Elle est aussi l'incrimination la plus ancienne. Elle date d'une époque où la pénurie permettait toutes les spéculations. La plupart des autres incriminations s'y rattachent formellement même si leur finalité est beaucoup plus générale et concerne la sauvegarde du système concurrentiel dans son ensemble (2).

(1) Dans le domaine des ventes et prestations de services avec primes par exemple, la généralité des incriminations empêche toute répression systématique et laisse donc en fait tout pouvoir à l'autorité administrative pour sélectionner les pratiques et les individus atteints par la répression (comp. L. Focsaneanu, la loi du 29 décembre 1973 sur les ventes et prestations de services avec primes art. précité J.C.P.1973. I.2548). Il en est de même pour l'infraction de prix illicite. Le blocage des prix n'est pas automatique, mais dépend d'un arrêté ministériel ou même préfectoral, qui devient la condition de la répression pénale.

(2) P. Durand, L'évolution contemporaine du droit de la concurrence, Mélanges Roubier T.2 p.450. J.Hémard l'évolution contemporaine de la règlementation de la concurrence, Etudes Julliot de la Morandière p. 220. J.B.Blaise le statut juridique des ententes économiques, lib.tech.1964 ; G.Farjat, Droit économique, op. cité p. 237 et ss.; M. Fleuriet les techniques de l'économie concertée Sirey 1975.

792. Cette infraction suppose préalablement une fixation des prix par l'autorité étatique. Plusieurs procédures sont possibles (1) et leur choix dépend essentiellement de la conjoncture économique et politique (2).

Les mesures les plus traditionnelles et lesplus rigoureuses consistent en un blocage des prix, par arrêté du ministre de l'économie et des finances ou sur délégation par arrêté préfectoral. Depuis un arrêté du 16 janvier 1976 (3), tous les services ne bénéficiant pas d'un régime particulier fixé par arrêté ministériel, voient leurs prix bloqués au niveau atteint à cette date. Ce blocage interdit toute modification de prix, même corrélative à une modification du contenu de la prestation (4). Dans ce dernier cas, le prestataire doit notifier la modification envisagée à l'administration. La Direction des prix dispose d'un délai d'un mois pous s'opposer à ce changement (5).

De même, lorsque le prix du service est bloqué, l'infraction est commise si le prestataire dissimule l'augmentation de prix du service en l'incorporant dans le prix de vente global d'un produit soumis à un regime moins strict (6).

---

(1) M. Fleuriet op. cité p. 186 et s.
(2) Le Monde, dossiers et documents nº 3. mai 1973.
(3) article 1 de l'arrêté 72.2/P du 16 janvier 1976. J.C.P.1976.III. 13833.D.1976.L.93. L'arrêté du 22 septembre 1976 (D. 1976. L.39) a bloqué pour trois mois le prix de tous les services.
(4) Cass. crim. 6 janvier 1971. D. 1971 som. 30.
(5) article 1 de l'arrêté 76.3/P du 16 janvier 1976.D.76.L.93.
(6) Cass. crim. 22 novembre 1972. J.C.P. 1973 IV.8.

L'efficacité de cette technique en matière de services semble très relative si l'on en juge par l'évolution des prix de ces prestations (1). Le Ministère des finances a ainsi été conduit à obliger les prestataires de services à fournir des factures aux particuliers (2). Le but recherché est de permettre un contrôle plus efficace de la règlementation des prix par l'intermédiaire des consommateurs (3). Un système aussi rigide ne peut cependant pas être permanent et général (4).

793. Le gouvernement a en conséquence mis en place des procédures plus souples, mettant en oeuvre la collaboration des assujettis eux-mêmes. Cette "contractualisation" du régime des prix s'est développée à travers les techniques des contrats de stabilité, des contrats de programme et des accords de programmation (5).

Les contrats de stabilité ont été créés par une loi du 2 juillet 1963. Le mécanisme comprenait un engagement des organisations syndicales patronales concernant l'évolution des prix pendant une période donnée, généralement annuelle. Les hausses permises concernaient essentiellement le prix des matières premières et parfois l'augmentation des frais généraux.

Le Ministre des finances, sur la base de cet engagement, prenait un arrêté et fixait les prix applicables aux entreprises ayant volontairement adhérées à l'engagement professionnel (6).

---

(1) voir par exemple Le Monde du 29 février-1er mars 1976. La hausse des prix des services a été de 12,1 % en 1975 alors que pour l'ensemble des produits et services, la hausse n'a été que de 9,6 %.
(2) article 6 de l'arrêté 76.2/P du 16 janvier 1976 précité.
(3) Le Monde du 15 janvier 1976.
(4) sur l'évolution du régime des prix entre septembre 1963 (blocage absolu) et avril 1972, date de mise en oeuvre des accords de programmation, voir Le Monde du 15 mars 1972.
(5) sur ces questions, voir M. Fleuriet op cité p. 188 et ss.
(6) idem.

Les contrats de programme (1) créés par un arrêté du 9 mars 1966 (2) reposaient aussi sur un engagement professionnel émanant d'entreprises, de groupes d'entreprises ou de secteurs professionnels.

Ces engagements devaient prévoir des mesures tendant à l'amélioration du système productif, ainsi qu'une collaboration assez étroite avec l'administration. En échange de cet engagement, le ministre des finances prenait un arrêté de libéralisation des prix. Les entreprises désireuses de bénéficier de ce régime devaient ensuite y adhérer individuellement. Cette procédure fut complétée en 1970 par des accords anti-hausse bloquant la marge commerciale et restreignant la liberté des prix (3).

Ce régime a été modifié à partir du 1er avril 1972 par trois arrêtés (4) qui ont institué les accords dits de programmation (5). Le régime des prestations de services était sensiblement plus contraignant que celui appliqué à la fabrication des produits qui bénéficiait en effet dans d'assez nombreuses hypothèses d'une très large liberté (6).

Cependant les services assurés par les fabricants ou les importateurs de produits, régis par des accords de programmation, étaient soumis aux mêmes règles que ces produits (7). Dans les autres cas, le régime de liberté conventionnelle, mis en place en 1968, était reconduit.

---

(1) sur ces questions, voir M. Fleuriet op cité p. 191 et ss.
(2) les services étaient essentiellement régis par un arrêté nº 25.626 du 29 janvier 1968.
(3) M. Fleuriet op. cité p. 202 et ss.
(4) le régime des services avait été fixé par l'arrêté 72.8/8 du 14 mars 1972.
(5) M. Fleuriet op cité p. 203 et s.
(6) voir les arrêtés 72.6 et 72.7/P du 14 mars 1972.D.1972.L.150 et 151 adde les critiques adressées à ce régime par les prestataires de services : La volonté du commerce, de l'industrie et des prestataires de services. avril 1972 p. 1 et 2.
(7) article 3 de l'arrêté 72.8/P du 14 mars 1972. ce régime est maintenu par l'article 5 de l'arrêté 76.2/P du 16 janvier 1976 précité.

Le bénéfice de ce régime était cependant acquis automatiquement pour toutes les entreprises opérant dans les secteurs où des engagements avaient été signés. Ces dispositions furent modifiées en 1973 (1). L'adhésion individuelle des entreprises fut de nouveau exigée.

Enfin, l'arrêté du 16 janvier 1976 a prévu l'élaboration d'engagements nationaux ou départementaux souscrits par les organisations professionnelles ou les entreprises intéressées auprès de la direction des prix. Ces engagements entérinés par des arrêtés ministériels ou préfectoraux sont applicables à toutes les activités visées par l'arrêté. Les entreprises de services qui ne bénéficient pas de ce régime voient leurs prix bloqués.

794. La taxation ne constitue qu'un élément de l'action gouvernementale sur les prix. D'autres mesures comme la prohibition des pratiques discriminatoires s'appliquent aussi bien aux services qu'aux produits. Cette incrimination trouve son origine dans l'article 3 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945. Elle a été modifiée par l'article 37 de la loi du 27 décembre 1973 dite Loi Royer (2). Les réductions ou majorations de prix appliquées à certains clients sont interdites, même si elles ne sont pas habituelles. L'article 37, § 2, interdit aussi les discriminations indirectes résultant de la fourniture gratuite de marchandises, espèces ou services à certains clients. Mais ces pratiques dépassent le cadre étroit de l'action sur les prix. Elles modifient déjà l'objet de l'obligation du prestataire.

---

(1) article 1 de l'arrêté 73.6/8 du 3 mai 1973. D. 1973.L.230.
(2) Calais Auloy, la loi Royer et la protection des consommateurs, art. précité.

B. L'objet.

795. L'évolution de la législation économique française va dans le sens d'une meilleure appréhension des causes de l'inflation. Le législateur a notamment manifesté la volonté de rétablir le fonctionnement des mécanismes de la concurrence. La prohibition des ententes qui par leur but ou par leur objet faussent les règles du jeu économique, est la pièce essentielle de ce dispositif.

Les activités de services, sont au même titre que les activités de production ou de distribution, soumises à la législation des ententes. Cette solution résulte expressement de l'article 59 bis, al..7 de l'ordonnance du 30 juin 1945 qui dispose que "ces prohibitions s'appliquent à tous les biens, produits ou services nonobstant toutes dispositions contraires". Le Droit européen connaît une solution identique (1). Le mot commerce qui figure dans l'article 85 du traité de Rome ne peut en effet être interprété restrictivement . Il est synonyme d'échange économique (2).

796. En droit français, tous les accords susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sont interdits, quelle que soit leur forme juridique. L'activité d'une entreprise occupant une position dominante est aussi prohibée lorsque cette activité a pour effet d'entraver le

(1) Goldman, Droit commercial Européen, précis Dalloz 1975 nº 259. J.B.Blaise le statut juridique des ententes économiques Lib. tech.précité 1964 nº 35 et 40. Le traité de Rome donne une définition très extensive des services. L'article 60 considère comme tels les prestations fournies contre rémunération "dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation de marchandises, des capitaux et des personnes.

(2) Goldman, op cité nº 259.

fonctionnement normal du marché. Les sanctions prévues peuvent cependant être évitées si lespratiques répréhensibles résultent d'un texte législatif ou règlementaire, ou si elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique. Ces textes sont inspirés de droit européen et leur application a donné lieu à des interprétations, par la commission technique des ententes, comparables à celles données par les autorités européennes (1). Il est donc nécessaire d'étendre, au moins de manière succinte, l'étude de ces questions au droit européen qui est en outre beaucoup plus complet que le droit français en raison notamment de règles originales de procédure (2).

L'article 85 du traité de Rome condamne tout accord entre entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre Etat membres et qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur du Marché commun. Toutefois, ces accords peuvent être validés (article 85 § 3) s'ils contribuent à améliorer la production ou la distribution et à promouvoir le progrès technique, sans imposer des restrictions inutiles aux membres de l'entente et sans permettre à ces membres d'éliminer la concurrence.

L'article 86 prohibe en outre le fait "pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci", mais seulement dans la mesure où cet abus affecte le commerce entre Etats membres.

---

(1) J.B. Blaise op cité nº 46 et s. et nº 196 et s.

(2) En droit européen, toutes les ententes doivent être notifiées à la commission de la communauté. La commission technique des ententes ne connaît en revanche des ententes que si elle a été saisie par le Ministre de l'économie et des finances.
L'application du droit de la concurrence est en conséquence dans une large mesure une question d'opportunité administrative ou politique Cf. J.B. Blaise op cité nº 235 et s. et nº 283.

Ces textes peuvent affecter les activités de services de deux manières différentes. L'entente peut porter directement sur une activité de services. Les services peuvent aussi être une technique de réalisation de l'accord prohibé lui-même. Le droit de la concurrence appréhende les services de manière différente, selon qu'ils sont l'objet d'une entente ou selon qu'ils en constituent le moyen.

a) Les services objets d'une entente.

797. Les entreprises prestataires de services peuvent comme toutes les entreprises se rendre coupables de pratiques anti-concurrentielles. Cette situation est cependant moins fréquente que dans les secteurs industriels, en raison de la dispersion des entreprises de services. Il est en revanche fréquent de voir des entreprises industrielles créer une entente ayant pour objet la fourniture de services.

1) Les ententes constituées par des prestataires de services.

798. Le droit interne en connaît plusieurs exemples (1). Certaines ententes visent à limiter l'accès à la profession, en imposant par exemple la possession de cartes accréditives (2). D'autres ont pour objet de se partager le marché en délimitant des zones géographiques (3). D'autres, enfin, font obstacle à une libre détermination du prix (4). Certains

(1) Voir dans le domaine de la publicité, avis du 4 janvier 1958, rapport de la commission technique des ententes 1954-1959 p. 38 et ss. et cass. com. 10 décembre 1969.D.1970.493 note G. Poulain ; cass. com. 17 octobre 1972.D.1973 som. 31.
(2) avis du 4 janvier 1958 précité.
(3) Mercadal et Janin, les contrats de coopération inter-entreprises, op cité nº 119.
(4) idem nº 120.

procédés cependant sont difficilement imaginables pour les ententes entre prestataires de services, en raison de l'immatérialité de ces activités. Il s'agit notamment de la fixation de quotas et de contingents.

Les prestataires de services peuvent aussi se rendre coupables d'abus de position dominante (1). Cette situation semble cependant exceptionnelle en raison de la taille limitée de ces entreprises.

Si les ententes dans le domaine des services présentent peu de particularismes juridiques en règle générale, certains secteurs peuvent poser des problèmes particuliers. Il en est ainsi par exemple des activités d'ingenierie, bien qu'aucun avis n'ait, semble-t-il été émis par la commission technique des ententes.

L'activité de ces entreprises n'est pas illicite en soi. Mais ces prestations impliquent l'existence de licences de brevets, ainsi que des communications de savoir faire (2). Ces droits entraînent souvent des limitations d'exercice ou des exclusivités territoriales. Ces restrictions nées de la mise en oeuvre des droits de propriété industrielle ne sont pas considérés par la commission technique des ententes comme des atteintes illicites à la concurrence (3).

---

(1) voir l'avis du 18 juin 1971.B.O.S.P. 31 octobre p. 294 rendu en matière de services funéraires. La commission a cependant considéré qu'il n'y avait pas un abus de position dominante en l'espèce.
(2) voir infra nº 810.
(3) J.J. Burst, breveté et licencié, Lib. tech. 1970 nº 389 et 390. Il est cependant certain que l'existence d'une licence de brevet ne justifie pas toutes les clauses accessoires restreignant la concurrence et ne découlant pas directement des règles de la propriété industrielle (J.B. Blaise op cité nº 172 p. 201 et s.). En ce sens Avis de la C.T.E. du 21 juin et du 8 novembre 1974. R.T.D.Com. 1975. 828 obs. Chavanne Azema.

799. Il n'en n'est pas de même en droit européen où la commission et la cour de justice de la communauté européenne n'admettent pas que les droits de propriété industrielle suffisent à justifier des exclusivités territoriales absolues interdisant aux licenciés des réexportations dans les autres pays du marché commun (1). Le problème cependant ne concerne plus directement la prestation des services. Il se situe dans le domaine de la propriété industrielle.

Les ententes illicites entre prestataires de services demeurent donc assez exceptionnelles. Il est en revanche beaucoup plus fréquent de voir des entreprises industrielles créer une structure de collaboration commune dans le domaine des services et particulièrement en matière de recherche.

2. Les ententes ayant pour objet la prestation de services.

800. La création d'un service commun peut prendre des formes juridiques variées : contrat, association, G.I.E., société (2). Ces formes importent peu. Les législations anti trust se préoccupent en effet d'atteindre directement l'action concertée et non la structure juridique qui en est le moyen (3).

---

(1) Voir parmi la doctrine la plus récente, G. Bonet, La commission des communautés européennes et les accords de concession de licence de brevets. J.C.P. (C.I.) 1976.II.12067. J.J. Burst et S. Kovar. Sur une jurisprudence récente de la cour de justice des communautés européennes en matière de propriété industrielle J.C.P. 1976.I.2752. Goldman, op cité nº 320 et ss. M. Rotondi, Droits de marque, de brevet et droit d'auteur dans le droit de la concurrence de la C.E.E. melanges Bastian. II.p. 329 et ss. H. Johannes, la propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des communautés européennes rev. trim. dr. eur. 1973. p. 557 et s. Cour justice C.E.E. 2 décembre 1975. R.T.D.Com. 1976.75 obs. Chavanne-Azema.

(2) Voir supra nº 432 et ss. sur les formes juridiques des ententes. Voir J.B. Blaise op. cité nº 107 et s.

(3) J.B. Blaise op. cité nº 83 et s.

La mise en commun de certains moyens ou de certains objectifs ne se limite pas au domaine des services. Les groupements d'achat, de vente ou de production ont une importance essentielle. Il n'en demeure pas moins que les services comme la recherche scientifique, la prospection, la publicité, l'assistance technique et le service après-vente sont des domaines privilégiés de collaboration.

Or, le service commun crée nécessairement des liens étroits susceptibles d'affecter la concurrence, même si tel n'est pas leur objet essentiel (1). La question se pose de savoir si la simple atteinte à la concurrence suffit à constituer une entente prohibée, ou s'il faut en outre des pratiques parallèles de partage de marché ou de fixation de prix.

801. La réponse est délicate en droit interne. Dans un avis du 22 avril 1966 rendu à propos d'une entente dans l'industrie des lampes électriques (2), la commission technique a validé un accord prévoyant une confrontation de leurs découvertes par les membres du groupement. La commission a donc reconnu l'existence d'une atteinte sensible à la concurrence, mais qui s'est trouvée justifiée en raison des avantages présentés en contrepartie par l'entente. Cet accord en effet permettait une amélioration des produits, ne limitait pas le champ des recherches et enfin, n'entraînait aucune domination scientifique d'un partenaire sur l'autre. En réalité, cet accord ne conduisait pas à une véritable mise en commun des services. La fourniture réciproque de certaines prestations - communication des résultats de la recherche, assistance technique - était la contrepartie de la création d'un groupement de production et de la domination d'un des

(1) Champaud et Level, rapport sur les filiales communes et le droit de la concurrence rapport au colloque sur la filiale commune organisé par l'université de Paris II. février 1975.
(2) avis du 22 avril 1966, rapport de la commission pour 1967. p. 10.

partenaires sur les autres membres de l'entente. La fourniture de certains services constituait en réalité le fait justificatif permettant de valider l'entente.

L'analyse de la commission, en cette affaire, permet de penser que la mise en commun de services n'est pas vue, à priori, avec défaveur, lorsqu'elle n'interdit pas le développement des partenaires et lorsqu'elle n'aboutit pas à un cloisonnement trop étroit du marché. Il est remarquable à cet égard de constater que la plupart des avis défavorables émis par la commission en matière de filiales communes s'appliquaient à des comptoirs de vente pratiquant des remises cartellisées (1). Le principe de la mise en commun de certaines activités n'est pas critiqué en lui-même (2), et les services ne semblent pas donner lieu à de nombreuses pratiques abusives.

802. Des solutions comparables devraient se dégager à propos de l'abus de position dominante. Mais ce problème ne semble pas s'être posé directement en droit interne, à la différence du droit européen (3). La création d'un service commun par des entreprises ou des groupes d'entreprises n'occupant pas de position dominante, ne peut constituer en soi un abus. Elle peut simplement permettre l'acquisition d'une situation dominante (4). Il est alors parfaitement possible que la filiale commune abuse de cette position dans ses rapports avec ses concurrents, ses fournisseurs, ou ses utilisateurs (5).

---

(1) Champaud et Level rapport précité.
(2) idem.
(3) Goldman, Droit commercial européen, op cité nº 285 et s. Loussouarn, rapport sur la filiale commune et le droit international, in colloque sur la filiale commune.Joliet, La coopération entre entreprises selon la jurisprudence de la commission des communautés européennes, cah. dr. eur. 1960.127.
(4) Loussouarn, rapport précité.
(5) Sur la définition de l'abus de position dominante, voir Goldman op cité nº 320 et ss.

La constitution d'un service commun par des entreprises occupant une position dominante peut constituer en revanche un abus de cette position (1). Cette solution n'est cependant pas spécifique aux services. En matière d'ententes au contraire, le droit européen connaît quelques solutions propres aux prestations de services.

803. La coopération inter-entreprise en matière de services est appréciée assez favorablement par les autorités européennes. La commission décida dans la décision Eurogypsum (2) que l'article 85 § 1 était inapplicable à un groupement de recherches n'entraînant pas de pratiques discriminatoires. La commission fit aussi paraître une communication le 29 juillet 1968 (3) énonçant les critères qu'elle entendait retenir en matière d'accords inter-entreprises. La majorité des accords qui d'après la commission ne portent pas atteinte à la concurrence, concerne les services. Parmi ces accords, il faut citer ceux qui ont pour but de se procurer des informations sur les marchés ou qui prévoient le recours à un organisme commun pour l'étude des marchés ou l'établissement de statistiques. Rentrent aussi dans cette catégorie les accords qui organisent l'exécution en commun ou la répartition des programmes de recherche, ceux qui assurent l'utilisation en commun de moyens de stockage et de transport, les accords de service après-vente et de réparation en commun ou les accords de publicité en commun.

---

(1) Loussouarn rapport précité.
(2) décision du 26 février 1968. J.O.C.E. nº L57 du 5 mars 1968. Rev. trim. dr. eur. 1968.460.
(3) J.O.C.E. C. 75 du 29 juillet 1968 - Rev. trim. de. eur. 1968.548 et ss.

804. Il serait cependant erroné de penser que la commission de la C.E.E. considère que les services ne peuvent pas porter d'atteintes notables à la concurrence. L'exonération prévue par la communication du 29 juillet 1968 suppose que les accords aient uniquement l'objet visé dans le texte. En pratique, ils ont souvent un objet plus large (1). Même si leur objet est limité, il est évident qu'ils peuvent comporter des clauses organisant la fixation des prix, limitant les possibilités de développement techniques (2), organisant un cloisonnement des marchés ou prévoyant des pratiques discriminatoires à l'égard des tiers (3). Ces circonstances auront pour conséquence normale de faire rentrer le service commun dans le cadre de l'article 85 § 1. Il sera cependant fréquent, que les services suffisent pour justifier l'entente, en application de l'article 85 § 3. Cette analyse a été admise par exemple pour une entente en matière de recherche de marchés et d'organisation de manifestations commerciales (4).

805. Le rôle positif des services apparaît très nettement dans le domaine de la recherche scientifique (5). Cette solution ne doit pas étonner. Ce secteur nécessite la concentration de moyens importants et est directement générateur de progrès technologique (6).

---

(1) R. Jaume, rapport sur le droit de la concurrence, in. les services communs d'entreprise, actualités de droit de l'entreprise Montpellier 1972. Lib. tech. 1974. p. 103.
(2) Comp. la décision Henkel-Colgate du 23 décembre 1971 - J.O.C.E. nº L 14 du 18 janvier 1972.
(3) Voir Goldman, op cité nº 290 et ss.
(4) décision exposition européenne de la machine-outil du 13 mars 1969 - J.O.C.E. L. 173 du 15 juillet 1969.
(5) décision du 17 juillet 1968 - J.O.C.E. L. 207 du 12 août 1968.
(6) J. Ph. Lepêtre, De la recherche et de la concurrence dans le marché commun, mélanges Bastian, II, Lib. tech. 1974 p. 254 et s.

Ainsi certains accords même s'ils sont contraires en principe à l'article 85 § 1 peuvent souvent bénéficier de l'exemption prévue par l'article 85 § 3. Tel a été le cas de l'accord A.C.E.C. Berliet, qui comportait à côté du groupement de recherches, des exclusivités d'approvisionnement et de fourniture (1). La filiale commune de recherche créée par Henkel et Colgate (2) a aussi bénéficié de cette exemption bien que la commission ait constaté que les conditions de l'activité commune entraînaient des restrictions sensibles de la concurrence existant entre deux groupes importants.

Plus généralement même un règlement nº 2821/71 du Conseil des communautés autorise la commission à déclarer l'article 85 § 1 inapplicable aux accords, aux associations et aux pratiques concertées ayant pour objet autant la recherche et le développement de produits ou de procédés jusqu'au stade de l'application industrielle que l'exploitation des résultats (3).

L'exploitation de ces résultats suppose souvent leur partage et l'attribution à chaque partenaire de brevets ainsi que la réservation de Know-how (4).

Les accords en matière de propriété industrielle et en matière de savoir faire peuvent entraîner des limitations importantes de la concurrence. Ils peuvent parfois conduire à de véritables partages du marché communautaire (5). Ces pratiques tombent normalement sous le coup du droit anti-trust. Les autorités européennes en effet ne considèrent

(1) décision du 17 juillet 1968 - J.O.C.E. L.201 du 12 août 1968.
(2) décision du 23 décembre 1971 précitée.
(3) B. Goldman op cité nº 318.
(4) J. Ph. Lepêtre art. précité p. 260 et s.
(5) telle cette filiale de recherches qui devait conduire à l'attribution pour chaque brevet d'une licence gratuite non exclusive, à chaque participant sur son marché national et pour une durée de 10 ans. De même les membres de la filiale pouvaient bénéficier sur le marché national de l'autre partie d'une licence non exclusive moyennant une redevance nette ne dépassant pas 2 % (exemple cité par M. Van Ommeslaghe dans sa chronique sur les art. 85 et 86 du traité de Rome, Cahiers de droit eur. 1973 p. 416).

pas que les droits de propriété industrielle suffisent à justifier une suppression de la concurrence (1).

La création de services communs conduit donc normalement à privilégier les membres de l'entente bénéficiaires parfois exclusifs de ces services. Mais les services ne sont plus seulement l'objet de l'entente, ils deviennent alors le moyen de la réaliser.

b) Les services moyens de l'entente.

806. La fourniture de certains services permet d'organiser une coopération ou même une intégration entre entreprises. Certaines de ces prestations exclusives conduisent à une limitation de la concurrence. Cette situation se rencontre essentiellement dans deux domaines.

Il s'agit d'abord, des services fournis dans le cadre d'une concession commerciale ou d'une franchise par l'entreprise dominante. Il s'agit ensuite des contrats de coopération industrielle impliquant communication de savoir-faire. La transmission de know-how intervient en effet dans de très nombreux contrats : contrats de recherche, ingenierie, etc... et son régime est calqué par les praticiens sur les contrats de cession ou de licence de brevet. Le problème se pose alors de savoir dans quelle mesure ces clauses sont compatibles avec le droit de la concurrence.

1. Services et contrats d'intégration.

807. Ces contrats intéressent aussi bien la distribution de produits que les prestations de services. Dans le premier cas, ils reposent essentiellement sur une exclusivité de fourniture et d'approvisionnement. Dans le deuxième cas, l'intégration se réalise par la fourniture de services de gestion accompagnés d'une licence de marque de service.

(1) J.J. Burst et S. Kovar, art. précité.

808. En droit interne, les concessions commerciales échappent à la règlementation des ententes dans la mesure où le droit français n'admet pas qu'il puisse y avoir de concurrence dans le cadre d'une intégration verticale (1).

Les franchises de services ne réalisant pas une intégration verticale, sont susceptibles d'être soumises aux articles 59 bis et suivants de l'ordonnance du 30 juin 1945. Il est possible en particulier que ces contrats imposent des obligations en matière de prix aux franchisés. Ces pratiques tomberaient alors sous le coup de l'interdiction des prix imposés - prévue par l'article 37.4 de l'ordonnance de 1945. En dehors de cette hypothèse, il est assez difficile d'imaginer que ces contrats puissent conduire à une limitation de la concurrence. L'exclusivité dont bénéficie le franchisé ne porte que sur l'utilisation de la marque. Ce droit conféré en vertu d'une licence est conforme aux règles de la propriété industrielle et ne semble pas être critiquable par le droit des ententes. En outre, ces accords n'interdisent en rien à des tiers d'exercer des activités de services comparables ou même identiques.

En revanche, la franchise pourra conduire plus facilement à un abus de position dominante (2). Mais la constitution de la chaîne ne réalise pas cet abus, sauf s'il s'agit du renforcement d'une position

---

(1) Paris 7 février 1961.D.1961.175.concl.Robin S.1961.2.82.J.C.P.1961.II 12052. n. Plaisant. G.P.1961.I.170 ; Jeantet, réflexions sur l'application des ententes comportant une clause d'exclusivité J.C.P.1963.I. 1743 ; Guyenot - Encyclopédie Dalloz dr. com. Vº ententes économiques nº 68 et s. Comp. cependant cass. crim. 21 mars 1972.D.1973.677. n. Ivainer, J.C.P. (C.I.) 1973.II.10878. n. Guérin, R.T.D.Com.1973.314 obs. Hémard.

(2) Durand et Latscha, le franchising J.C.P. (C.I.) 1970.87634..

dominante déjà existante (1). Or, cette situation sera probablement peu fréquente en ce domaine, la franchise ayant pour objet d'intégrer des entreprises de taille réduite. L'extension de chaînes existantes et puissantes en revanche peut éventuellement constituer un abus de position dominante. Cette solution cependant demeure purement théorique, la commission technique des ententes n'ayant jamais eu à se prononcer.

809. Des solutions comparables devraient se dégager du droit européen, bien qu'aucune décision ne soit survenue en matière de franchise.

L'analyse est cependant un peu différente pour les contrats réalisant une intégration verticale, qui sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article 85 § 1. Les prestations de services semblent cependant ne pas être directement visées. Elles peuvent au contraire servir à justifier certains accords - Ainsi dans les décisions Omega (2) et M.V.V.(3) La commission de la C.E.E. a-t-elle admis que l'article 85 § 1 était inapplicable à des accords de distribution, permettant une sélection des concessionnaires et une amélioration corrélative des services fournis à la clientèle.

(1) Au moins, si l'on admet que l'interprétation de la notion d'exploitation abusive de position dominante doit être identique en droit interne et en droit européen. Sur l'abus constitué par le renforcement d'une position dominante voir notamment L. Fossaneanu. L'article 86 du traité de Rome et la décision Continental Can Company de la Commission de la C.E.E. J.C.P.1972.I.2452. Bienaymé L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision Continental Can Company Rev. trim. dr. eur. 1972 p.65 - Saint Esteben, Une concentration internationale d'entreprises dans la C.E.E. J. . 1972 p. 249 - F.C.Jeantet, Lumière sur la notion d'exploitation abusive de position dominante J.C.P. 1973.I.2576.

(2) décision du 28 octobre 1970 - J.O.C.E. nº L.242 du 5 novembre 1970.

(3) décision du 13 décembre 1974 - J.O.C.E. 1974.J.O.C.E. nº L.29 du 3 février 1975.

Il apparaît clairement dans ces décisions que l'exclusivité territoriale absolue est le principal grief qu'encourent les contrats de concession commerciale (1). Ces clauses sont aussi critiquées en dehors des contrats de concession. Elles sont souvent incriminées dans les contrats de communication de know-how.

2. Les contrats de communication de Know-how.

810. A la différence du droit interne, le droit européen a eu à connaître à plusieurs reprises de ces contrats (2). La commission de la C.E.E. a d'abord exprimé dans une communication du 24 décembre 1962 son interprétation des articles 85 et 86 du traité au regard des droits de propriété industrielle . Cette communication tout en affirmant réserver le cas des transferts de savoir faire, admettait la validité des engagements concernant la communication d'expériences acquises dans l'exploitation de l'invention.

De nombreuses décisions ont validé les clauses nécessaires à l'existence du contrat et jugées sans effet sensible sur la concurrence. Tel est le cas notamment des clauses d'échanges d'informations et d'expériences (3). Il en est de même pour des clauses interdisant la sous communication à des tiers (4) même après l'expiration du contrat (5). Ces clauses pourtant portent une atteinte notable à la concurrence, et elles ne peuvent être justifiées par l'existence d'un droit privatif. La solution s'explique cependant dans la mesure où une communication partielle élargit déjà les possibilités de concurrence, et dans la mesure où ces restrictions sont essentielles pour maintenir la valeur du know-how.

(1) D. Goldman, op cité nº 294 et s.
(2) F. Magnin, know-how et propriété industrielle lib. tech. 1974 nº607 et ss.
(3) décision Raymond-Nagoya du 9 juin 1972 - J.O.C.E. du 23 juin 1972.
(4) décision Davidson du 9 juin 1972 citée par F. Magnin op cité nº617 et ss.
(5) décision Burroughs-Delplanque du 22 décembre 1971.J.O.C.E. du 17 janvier 1972.

Des clauses interdisant au bénéficiaire d'exploiter le know-how au-delà d'une certaine période ont aussi été validées (1). Cette solution s'explique moins aisément que la précédente. Les contrats de communication de know-how ont pour objet l'enseignement de connaissances. Dès que la prestation est fournie, le savoir transmis est définitivement acquis. L'exploitation n'est que la conséquence de l'acquisition du savoir. La limitation dans le temps du droit d'exploitation limite donc une concurrence existante et techniquement possible.

811. La commission ne fait pas toujours preuve de la même indulgence et d'assez nombreuses clauses se sont trouvées annulées. Il en a été ainsi notamment de celles par lesquelles le bénéficiaire de la communication s'engageait à restreindre ses exportations (2). Des clauses imposant le paiement de redevances après l'expiration du brevet dont le savoir-faire n'était que l'accessoire ont aussi été annulées (3). De même des clauses de territorialité absolue doivent être considérées comme illicites (4). Ces solutions s'expliquent sans difficulté. Des stipulations comparables sont appréciées défavorablement en matière de brevets, alors que les parties peuvent s'appuyer sur l'existence d'un droit privatif (5). Or, cette justification n'existe pas dans les contrats de know-how. Il n'est donc pas étonnant que ces accords soient annulés. Cette analyse est cependant parfois difficile à appliquer. Le doute règne encore sur la validité de certaines clauses qui n'ont pas fait l'objet d'examen de la part de la commission.

---

(1) décision Burroughs-Delplanque, précitée
(2) décision Davidson, précitée.
(3) décision Henkel-Colgate, précitée.
(4) décision Davidson précitée.
(5) J.J. Burst et S. Kovar art. précité.

812. Le problème ne se pose pas vraiment pour la clause de fixation du prix de vente des produits par le communicant. Cette clause est en contradiction formelle avec l'article 85 § 1. Sa nullité ne fait donc pas de doute. La solution est moins évidente pour d'autres clauses. La limitation de domaine d'activité du bénéficiaire par exemple a pour but de limiter la concurrence que ce dernier peut faire au communicant. Elle permet, en outre, de manière indirecte d'assurer une répartition des marchés entre les partenaires. Sa validité est d'autant plus douteuse que cette stipulation n'est pas nécessaire au maintien de la valeur du savoir-faire. Enfin, les clauses de "groupages de licences" semblent être illicites, dans la mesure où elles subordonnent la conclusion du contrat à l'acquisition de prestations inutiles pour le bénéficiaire (1).

813. Ces diverses solutions pourraient, sans grande difficulté, être transposées en droit interne. Il faut cependant remarquer que des différences sensibles pourraient apparaître à propos des clauses de territorialité. Les autorités européennes veulent en effet écarter toutes les clauses pouvant faire obstacle à la création d'un marché commun et unique en Europe (2). Ces considérations ne se retrouvent pas en droit interne. La validité des clauses de territorialité peut y être admise sans difficulté, si des considérations techniques ou scientifiques les justifient.

---

(1) sur ces questions, voir F. Magnin op cité nº 674 et ss.
(2) Voir, par exemple, la limitation de l'effet des droits de propriété industrielle, qui ne portent pas atteinte à la concurrence, mais qui limitent seulement la libre circulation des marchandises : Cour de Justice C.E. 3 juillet 1974. Van Zuylen-Hag J.C.P. 1976.I.2752 et les commentaires de J.J. Burst et s. Kovar précité.

814. Les services sont en définitive dans une position assez ambigüe au regard du droit des ententes. Ces prestations ont assez souvent un objet ou un effet nocif en matière de concurrence, mais ces prestations se présentent rarement à l'état isolé. Elles sont le résultat d'une entente qui comporte de nombreuses autres clauses. Les autorités économiques ont alors tendance à considérer que la mise en oeuvre par l'entente de services intellectuels a en définitive un effet bénéfique. Une distinction peut sans doute déjà se dégager entre les services à caractère scientifique qui participent à l'accroissement du patrimoine culturel commun, et les services purement commerciaux. Les premiers sont assez fréquemment des causes de justification de l'entente. Les seconds semblent être appréciés de manière plus restrictive.

815. La législation des ententes s'applique essentiellement à des accords très personnalisés. Elle a pour but d'éviter qu'une planification privée trop stricte prive les consommateurs de toute possibilité de choix. Cette faculté ne peut cependant s'exprimer que si le consentement reste lui aussi relativement libre. La législation économique a été conduite à protéger le consentement des consommateurs émis dans le cadre des contrats standardisés et "massifiés".

C) Le consentement des parties.

816. Dans le cadre des contrats standardisés et "massifiés", les sanctions traditionnelles des vices du consentement sont devenues insuffisantes. La législation économique tend à prévenir les situations créatrices de trop grandes inégalités, en assurant le respect d'une concurrence réelle.

Ce souci impose une régulation de l'offre afin de permettre une acceptation consciente et raisonnée (1).

Ces premiers impératifs sont assurés par la prohibition du refus de prestation de services, et par la règlementation des ventes et prestations de services avec primes.

a) Le refus de prestations de services.

817. Le refus de prestation de services est assimilé au refus de vente dans l'ordonnance du 30 juin 1945, qui s'applique aussi bien à des hypothèses où la spéculation sur lesprix est inexistante (2) qu'aux refus provoqués pour des raisons économiques (3).

Le problème s'est posé de savoir si la jurisprudence établie en matière de concession commerciale pouvait être transposée à propos d'une convention d'exclusivité de services. En effet, les questions se posent en termes sensiblement différents dans la mesure où il n'y a pas de revente des produits achetés en exclusivité. La Cour de Cassation a cependant répondu par l'affirmative (4). Le refus de prestation de service n'est licite que s'il est justifié "par l'existence de produits de haute qualité, ou des services de haute technicité" (5).

---

(1) Voir les travaux préparatoires de la loi du 29 décembre 1972.J.O. débats Ass. Nat. 1972 p. 4212.

(2) Voir pour des refus de prestations de services, provoqués par des motivations raciales Colmar 25 février 1972.D.1972.som. 83. Cette jurisprudence est sans doute destinée à tomber en désuétude depuis la loi du 1er juillet 1972. Voir supra nº 762.

(3) Une application importante souvent contestée eut lieu dans le domaine des contrats de garage : Cass. crim. 8 novembre 1967. Bull. crim. 1967 nº 675 G.P. 1968.I.19.D.1968.385. J.C.P. 1968.II.15353.R.T.D. Com. 1968.492 obs. Bouzat. Il est à remarquer que dans cet arrêt le refus du renouvellement du contrat a été assimilé au refus de prestation.

(4) Cass. com. 5 janvier 1969.J.C.P.1969.II.16121.obs.Prieur R.T.D. com. 1970.179.obs. Hémard. Il s'agissait en l'espèce du problème posé par la concession exclusive de distributeurs automatiques.

(5) Cass. com. 7 janvier 1969 précité.

Une identité parfaite ne peut cependant pas être toujours assurée. Il n'y a pas en effet d'identité entre la prestation fournie par le "prestataire exclusif" et celle fournie par le "concédant". L'exclusivité sera assurée souvent par des moyens indirects notamment par la mise à la disposition exclusive du prestataire final, de materiels spécifiques. Cette mise à la disposition pourra aussi bien résulter de ventes que de locations. Ainsi l'exclusivité de services pourra souvent donner lieu aussi bien à des refus de vente qu'à des refus de prestations de services (1).

Un parallélisme étroit se manifeste ainsi dans la mise en œuvre du refus de prestation de service et du refus de vente.

Le souci d'assurer une règlementation uniforme se retrouve dans les mesures destinées à protéger l'acceptation. Le législateur a ainsi été conduit à étendre aux prestations de services les règles adoptées en matière de ventes avec primes.

b) Les ventes et prestations de services avec primes.

818. La distribution de primes a toujours paru aux yeux du législateur, être un procédé publicitaire dangereux, en raison des confusions psychologiques et économiques qu'elle provoque (2).

---

(1) telle était la situation dans l'arrêt précité du 7 janvier 1969. Les distributeurs avaient été vendus au demandeur. Il semble cependant que le concédant ait aussi pratiqué la location.

(2) Voir travaux préparatoires de la loi du 29 décembre 1972. J.O. Débats Ass. nat. 1972. p. 4212.

La loi du 29 décembre 1972, complètée par la loi 73.1193 du 27 décembre 1973 et par le décret 74.410 du 9 mai 1974 (1), a unifié le régime des services et celui des produits (2). La loi s'applique aussi bien lorsque le service constitue la prestation principale que lorsqu'il constitue la prime.

L'élargissement de la définition de l'infraction a eu pour première conséquence d'étendre les catégories de personnes susceptibles de commettre le délit. La loi s'applique en effet à tous les prestataires de services ainsi qu'à tous lesproducteurs et à tous les commerçants. Il en résulte que tout professionnel indépendant, même non commerçant, peut commettre le délit, qu'il soit artisan, agriculteur ou membre d'une profession libérale. La prohibition des primes joue aussi bien dans les rapports entre professionnels que dans les rapports entre professionnels et consommateurs (3). Il apparaît ainsi très clairement que le principe est l'interdiction des primes. La variété des pratiques prohibées en témoigne. Les primes et cadeaux autorisés deviennent l'exception.

1. Les pratiques prohibées.

819. L'article 1er de la loi de 1951, modifié par les réformes de 1972 et de 1973, prohibe toute vente de produit ou toute prestation de service comportant une distribution de titres donnant droit à la remise ou à la

(1) J. Hémard, La nouvelle règlementation des primes et cadeaux D.1974 ch. 223.
(2) J. Hémard, ch. précité ; L. Focsanéanu, La loi du 29 décembre 1972 sur les ventes et les prestations de services avec primes. J.C.P.1973. I.2548. Raymond, les ventes avec primes J.C.P.1973 (ed. C.I.) II.10968. Le Tarnec, Les ventes et prestations de services avec primes G.P.1973 I.doct.204. Lugan, réflexions sur la loi 72.1221 du 29 décembre 1972 concernant les ventes avec primes G.P.1973.I.doct.237.
(3) Certains pays étrangers au contraire introduisent cette distinction. Voir L. Focsanéanu art. précité nº 7.

prestation différée d'une prime. Or, cette pratique était fréquente chez les prestataires de services : teinturiers, cinémas, etc... qui offraient un service gratuit pour x services à titres onéreux (1). Ces comportements sont donc interdits. Il importe peu que la prime fournie soit de même nature que la prestation principale dans la mesure où la fourniture de la prime est différée.

La fourniture de primes est toujours interdite lorsque sa nature diffère de celle du produit ou de la prestation principale. Cette interdiction est d'autant plus large que le législateur a retenu une définition extensive de la notion de prime. Tout produit ou prestation de service proposé à un prix avantageux par rapport au prix de la concurrence ou attribué sous forme de pseudo-concours constitue en effet une prime (2).

820. Des critiques se sont élevées contre des définitions aussi générales (3). L'incrimination des prestations de services, avait eu pour but essentiel initialement de lutter contre la pratique des voyages d'incitation offerts par des producteurs à des prestataires ou revendeurs intermédiaires (4). Le procédé était notamment très utilisé par les compagnies aériennes au profit des agents de voyage (5). Or, le texte voté a non seulement une portée beaucoup plus large, mais il n'appréhende ces pratiques critiquées

---

(1) J. Hémard, art. précité nº 14.
(2) J. Hémard, art. précité nº 17.
(3) Idem nº 16 et 17. L. Focsanéanu, art. précité nº 13 et 19 et ss.
(4) Certains auteurs (voir L. Focsaneanu, art. précité) se sont élevés contre la politique du législateur en la matière. Il leur semble que les primes fournies aux professionnels ne sont pas susceptibles de les induire en erreur. En réalité le problème n'est pas là. Il est de savoir si l'existence de la prime, ne va pas inciter le professionnel à induire en erreur le consommateur pour bénéficier de la prime. En fait, il ne s'agit plus tellement de protéger l'acceptation, mais de garantir l'honnêteté de l'offre.
(5) L. Focsanéanu, art. précité nº 15.

que de manière très imparfaite. En effet, ces voyages ne sont pas nécessairement fournis comme accessoire d'un produit ou d'un service. Ils ont l'apparence de cadeaux, et ne peuvent donc être considérés comme des primes (1). Il a donc fallu que la loi du 28 décembre 1973 prohibe de manière générale la fourniture de produit ou de toute prestation de service à titre gratuit par un prestataire de services ou un commerçant (2) à un consommateur ou utilisateur (3), indépendamment d'un contrat principal à titre onéreux.

A cette critique de méthode s'ajoutent des critiques de fond. Les services ont un rôle de plus en plus important. Les prestations de renseignement, de conseil, de mise en route, et de maintenance, ne sont pas des accessoires absolument nécessaires des produits vendus, mais sont souvent fournis dans le cadre du contrat principal (4). Une interprétation stricte de la loi conduit à considérer qu'ils constituent des primes illicites lorsqu'ils sont fournis sans supplément de prix ou lorsqu'ils sont fournis à prix coûtant. Il en est ainsi même si ce service constitue une obligation légale, au moins si elle n'est pas d'ordre

---

(1) Voir cependant contra une note de la direction générale du commerce intérieur et des prix de mai 1974 citée par J. Hémard, art. précité. La note introduit d'ailleurs des distinctions selon les voyages. Les voyages d'études ainsi que ceux offerts dans le cadre d'un circuit de distribution intégré seraient seuls licites. La distinction peut paraître difficile à mettre en oeuvre, et sensiblement arbitraire.

(2) Ce texte a donc un domaine d'application différent de celui défini par la loi du 29 décembre 1972. En effet, dans ce dernier cas, tout producteur est soumis à la prohibition de la vente avec primes, qu'il soit commerçant ou non. Dans la loi de 1973, l'interdiction ne joue qu'à l'encontre du producteur commerçant. En revanche, elle s'applique au prestataire de service même non commerçant. Ces discriminations entre producteurs et entre producteurs et prestataires de service ne semblent pas très justifiées.

(3) L'imprécision terminologique laisse le lecteur confondu. Le terme de "consommateur" utilisé en dehors de tout contrat à titre onéreux laisse planer de nombreuses incertitudes.

(4) Sur la liste de ces interdictions, voir notamment Focsanéanu, art. précité nº 23.

public et peut être écartée par lesparties (1).

Cette extension de la répression en matière de services, tient à ce qu'en ce domaine, la distinction entre prime et prestation principale est relativement floue et ne peut être matérialisée. Toute obligation de faire d'origine contractuelle constitue un service. Il en résulte que la délimitation du principal et de l'accessoire tient à la volonté des parties et non à l'existence de différences physiques radicales (2). Ces difficultés particulières ont conduit le législateur à valider certaines pratiques.

2. Les pratiques licites.

821. Les primes licites en matière de services consistent essentiellement dans le service après-vente et dans le stationnement gratuit fournis par un commerçant (3). La licéité de ces deux prestations est affirmée, qu'elles soient offertes comme accessoire gratuit d'une opération principale (4), ou comme "cadeaux" fournis en dehors de toute autre prestation (5).

(1) Il n'est pas certain que le législateur ait entendu aller aussi loin. Mais il n'est peut être pas de très bonne politique législative d'élaborer des textes, destinés à n'être appliqués que très partiellement en laissant à l'autorité administrative le soin de choisir les extraits qu'elle entend réellement mettre en oeuvre. L'imprécision et la confusion de la méthode conduisent à transférer au domaine de la décision ce qui est du domaine de la règle.

(2) Voir infra nº 825.

(3) Il est difficile de comprendre pourquoi des exceptions ne s'appliquent pas aux mêmes sujets que le principe. On voit mal en quoi il est plus nocif pour un artisan de fournir un service après vente gratuit ou une place de stationnement que pour un commerçant.

(4) article 3.1 bis de la loi de 1951 modifiée par la loi du 29 décembre 1972. Voir Hémard art. précité nº 33.

(5) article 40 al. 4 de la loi du 27 décembre 1973. Voir Hémard art. précité nº 49 ; malgrè l'apparence il n'est pas absurde de prévoir un service après-vente en dehors de toute vente. Ce service n'est en effet pas nécessairement fourni par le vendeur. Il est vrai qu'alors il sera bien rarement fourni gratuitement.

L'exclusion du service après-vente au moins lorsqu'il est accessoire à une vente se comprend parfaitement. D'une part, il est souvent une modalité d'une obligation légale impérative : la garantie des vices cachés. D'autre part, même lorsqu'il déborde de ce cadre, il ne peut être assimilé à une prime car il constitue une condition de la jouissance du bien. Il est même possible d'affirmer en conséquence qu'il n'est pas d'une nature différente de celle du produit fourni (1). D'autres services cependant sont nécessaires à la jouissance du bien. Il en est notamment ainsi pour ceux constituant des variétés de l'obligation de délivrance. Il est dans ces conditions étonnant que ces différents services ne soient pas soumis aux mêmes dispositions légales, et qu'il ait fallu un décret en 1974 (2) pour valider certains d'entre eux (3).

Il est de même étonnant que le service après-vente fourni à titre principal soit licite alors que les autres services fournis dans les mêmes conditions sont prohibés. Le même problème se pose pour le stationnement gratuit, qui est toléré alors que des services comparables comme le transport gratuit de la clientèle sont interdits (4).

---

(1) Cet exemple indique le sens dans lequel doit être interprété l'article 1er, al. 2, de la loi du 20 mars 1951. Le produit ne doit pas être nécessairement considéré comme de nature différente du service en raison de leur différence matérielle. L'identité d'objet ou de finalité doit être prise en compte pour déterminer la nature de la prestation aussi bien que celle du bien.

(2) article 2 du décret du 9 mai 1974. Cette méthode est extrêmement contestable. En effet, deux hypothèses sont possibles, ou bien le législateur avait consciemment refusé de valider certains services de même nature que ceux dont il a admis la licéité, parce qu'il ne voulait favoriser que certains types de services. Le décret va alors à l'encontre de la loi et il est illégal ou bien le législateur entendait valider l'ensemble de ces services, et la méthode législative est incohérente.

(3) Voir infra nº 819.

(4) Voir Rep. ministérielle. J.O. Débats Ass. nat. 18 mai 1974. p.2165. comp. Hémard, art. précité nº 36 et 42.

822. A côté de ces cas expressément prévus par la loi, il existe d'autres hypothèses de primesvalables en matière de services. Des exceptions traditionnellement prévuespour lesproduits jouent normalement pour les services. Il en est ainsi des primes de même nature que la prestation principale,fournies de manière non différée (1).

L'article 2 du décret du 9 mai 1974 autorise les prestations de services accompagnant usuellement lesproduits. Ce texte dont l'objet était de combler une lacune de la loi (2) pose une condition assez restrictive en se référant aux usages. Il risque de figer ainsi l'évolution des services entourant lesproduits. L'article 3 du même décret, admet la validité des prestations de peu d'importance et ne faisant normalement pas l'objet de contrats distincts. Il s'agit notamment du lavage de pare-brise ou du gonflage des pneus dans les stations service. Cette catégorie peut être mise en parallèle avec la disposition qui valide lesmenus objets publicitaires.

Ce souci d'assimilation des services aux produits ne suffit pas à supprimer l'originalité de ces prestations. En conséquence, le régime des services acquiert une certaine autonomie. Les services apparaissent comme leséléments d'une règlementation spécifique.

---

(1) Ces services sont en outre soumis à moins de restrictions que les produits. L'article 40 al. 5 de la loi du 27 décembre 1972 en effet prévoit que ces primesne sont licites que si ellesn'entraînent pas des ventes à perte. Or la loi 63.628 du 2 juillet 1963 incriminant la vente à perte ne concerne que lesproduits. En conséquence, l'article 40 al. 5, bien qu'il ne distingue pas entre les services et les produits ne peut s'appliquer qu'à ces derniers.

(2) Voir supra nº 818.

Sous-section II. Les services éléments d'une règlementation spécifique.

823. Cette spécificité se manifeste dans tous les textes de droit économique, que ce soit la règlementation des prix, la vente avec primes ou le refus de vente et de prestation de services.

§ I. La règlementation des prix.

824. Les particularismes affectent essentiellement la mise en oeuvre du régime des prix. L'inflation régnant en ce domaine (1) tient notamment à la difficulté d'apprécier avec exactitude pour les services en régie le temps réellement passé par le prestataire à fournir le service, ainsi qu'à la sensibilité de ces professions aux hausses des coûts de la main-d'oeuvre (2). L'absence de matérialisation de la prestation renforce cette difficulté de contrôle. Ces circonstances ont conduit à une adaptation sensible du régime des prix.

Ainsi les accords de programmation connaissent-ils des mesures plus restrictives que celles admises en matière de produits (3). En réalité, cette surveillance accrue trouve sa cause directe dans le caractère inflationniste des services, et n'est pas commandée par la nature originale de ces prestations.

D'autres mesures tiennent de manière plus immédiate aux caractères essentiels des services.

---

(1) Le Monde 31 janvier 1976. En 1975, les prix au détail ont augmenté de 9,6 %, alors que les prix des services augmentaient de 11,4 %.
(2) Voir supra nº 793.
(3) Voir par exemple pour une entreprise de travail temporaire, Paris 7 juillet 1975 J.C.P. (C.I.) 1976.II.12020. n. H. Guérin

L'étiquetage des prix par exemple ne peut être directement appliqué sur le service. Il se réalise donc par l'apposition d'une affiche annonçant les diverses prestations ainsi que leur prix. Dans certains cas, ce système peut être remplacé par l'établissement d'un catalogue (1). Afin de renforcer le contrôle des comportements des prestataires de services, le Ministère des finances (2) oblige ces derniers à délivrer des factures même pour les sommes inférieures à 20 francs, si le client en fait la demande. Ces factures doivent comporter tous les éléments permettant d'identifier le prestataire et de connaître avec précision les éléments du prix. L'administration espère ainsi intéresser les consommateurs à un contrôle des prix qui ne peut être effectué à posteriori. Les particularismes dus à l'immatérialité des services se retrouvent dans le domaine des ventes avec primes.

§ II. Les ventes et les prestations de services avec prime.

825. La règlementation des primes en matière de services n'a pas exactement le même domaine qu'en matière de produits. Dans ce dernier cas, les pratiques réglementées sont surtout destinées aux consommateurs. En revanche, dans le domaine des services, la législation atteint essentiellement des relations inter-professionnelles (3). L'esprit de la règlementation se trouve en conséquence modifié. Il ne s'agit plus de protéger la qualité du consentement de l'accipiens. Il s'agit essentiellement de garantir l'objectivité de l'offrant.

---

(1) A. 25.921 du 16 septembre 1971.B.O.S.P. du 17 septembre.
(2) article 6 de l'arrêté 76.2/P du 16 janvier 1976, D.1976.L.93.
(3) L. Focsaneanu, art. précité nº 13.

Ces modifications n'affectent pas cependant le contenu de la règle. Il n'en est pas de même d'autres particularités. L'absence de matérialité des services ne permet pas de distinguer nettement entre prestation principale et primes.. La grande majorité des contrats - y compris les contrats de vente - nécessitent des services. Il est à priori très difficile de distinguer entre les obligations de faire qui constituent un élément essentiel du contrat et celles qui constituent des primes.

Le législateur a ainsi été conduit à admettre assez largement la licéité des services accompagnant les produits (1) dans la loi (2) d'abord puis dans les décrets d'application (3). Il faut remarquer cependant que ce décret ne résoud le problème que pour les services accessoires à la fourniture d'un produit. Il faut semble-t-il en conclure que les services accessoires, mais non nécessaires à la prestation d'un service sont illicites, même s'il s'agit d'une obligation légale. Seuls les services dus en raison d'une règle d'ordre public ne peuvent être considérés comme des primes.

Il faut relever, en outre, que le décret de 1974, en imposant comme condition de validité de ces services leur caractère usuel limite le développement d'activités en pleine expansion.

Ces difficultés inhérentes à la nature des services se retrouvent avec une netteté encore plus grande dans le domaine du refus de vente et du refus de prestations de services.

(1) Voir supra nº 821.
(2) article 3.1 bis de la loi de 1951 modifiée par la loi du 29 décembre 1972.
(3) article 2.2º du décret du 9 mai 1974.

III. Le régime du refus de vente et de prestation de service.

826. Les services ont une incidence sensible sur le régime de cette infraction. Ils donnent d'abord une physionomie particulière au refus de prestation de service qui connait ainsi un régime sensiblement différent de celui du refus de vente. L'existence de services permet ensuite, dans certains cas, de justifier des refus de vente. Ces prestations constituent à ce titre un élément important du régime de cette infraction.

A. Le régime du refus de prestation de services.

827. Les problèmes se posent en des termes différents dans les contrats traditionnels et dans les contrats nouveaux.

I. Les contrats traditionnels.

828. Le rôle de l'intuitu personae est important dans ces services liés étroitement à la personne du prestataire. Ce facteur n'apparaissait pas toujours lorsqu'aucune atteinte n'était portée au principe du libre choix du contractant. Or, l'incrimination du refus de contracter, si elle ne supprime pas ce principe (1), limite étroitement cette liberté. Des conflits fréquents apparaissent en conséquence entre la règle de droit pénal économique et la considération de la personne. Ces difficultés surviennent essentiellement dans lescontrats très individualisés, mais elles se rencontrent aussi dans des prestations standardisées.

(1) J.C. Serna, le refus de contracter L.G.D.J. 1967. p. 104 et ss.

a) Les services personnalisés.

829. L'article 37.1 de l'ordonnance du 30 juin 1945 ne s'applique qu'aux "producteurs, commerçants et artisans". Les activités libérales traditionnelles échappent donc à la règle posée par ce texte (1). En revanche, les activités libérales exercées dans le cadre de sociétés commerciales doivent normalement y être soumises, ces prestataires étant commerçants.

En pratique, cependant l'application de l'ordonnance à ces prestations sera exceptionnelle (2). Le refus du prestataire se trouvera facilement justifié, soit par une impossibilité technique, susceptible de constituer une indisponibilité au sens de l'article 37, soit en raison du caractère anormal ou malicieux de la demande. Il en sera notamment ainsi lorsque l'exécution de la prestation heurterait la conscience du prestataire. Il a été admis par exemple qu'un journal, défendant des intérêts régionaux pouvait légitimement refuser de publier une annonce publicitaire vantant les mérites d'une école d'une région différente (3). Cette solution montre que l'intuitus personae, propre à certaines activités influence les prestations voisines, même si ces dernières sont essentiellement commerciales et standardisées (4).

(1) Dévolvé, Le refus de vente D.1960 ch.203 ; Cosnard, le refus de vente R.T.D. com. 1962.192 - Bouzat obs. à la R.T.D. com. 1967.633. Voir cependant contra R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel en Droit Privé D.1972, ch. p. 137 et ss. nº 7.

(2) Il est remarquable par exemple que l'administration n'ait jamais prétendu taxer ces services, peu susceptibles d'être mesurés (G. Levasseur, art. précité).

(3) T.G.I. Saint Brieuc 10 décembre 1968.G.P. 1969.1.215. et sur appel Rennes 2 juin 1969.R.T.D. Com. 1970.468 obs. Hémard ..T.G.I. La Roche sur Yon 24 avril 1969.G.P. 1969.2.292 et en appel Poitiers 13 janvier 1971.J.C.P. 1971.IV.237.adde J. Duffaut, la presse et le refus de prestation de service G.P. 1969.1.doct.182.

(4) Comp. M. Contamine-Raynaud, thèse précitée p. 77 et ss.

b) Les services standardisés.

830. Le problème s'est essentiellement posé pour certaines activités bancaires. Il était admis par la doctrine classique que le banquier pouvait librement sélectionner sa clientèle. Le principe de la liberté du commerce et les risques inhérents à cette profession justifiaient aisément cette solution (1).

Mais le développement des banques a provoqué la standardisation de nombreux services, et la généralité de l'ordonnance du 30 juin 1945 a posé le problème en termes nouveaux. Ce texte s'applique aux banques comme à toutes les activités professionnelles (2), même si le refus n'est pas motivé par une volonté d'éluder la règlementation des prix.(3)

Ce principe laisse cependant substituer une grande latitude au profit du banquier, mais il importe de distinguer selon la variété des prestations fournies.

(1)Gavalda et Stoufflet Droit de la banque, op cité nº 276.

(2) L'usage bancaire ne peut suffire à faire écarter ce texte. Le rôle de l'usage dans l'article 37 se limite à la détermination du caractère normal ou anormal de la demande. En ce sens, Cass. crim. 13 juillet 1961.D.1961.525 rapport Costa ; cass. crim. 22 décembre 1969.D.1970. 108 obs. Guyenot.J.C.P.II.16500 obs. Guérin R.T.D. Com. 1971.156 obs. Hémard.Gavalda, Le refus du banquier J.C.P.1962.I.1727 .Gavalda et Stoufflet Droit de la banque op cité nº 276 - voir cependant contra T.Com. Seine 27 juin 1960.G.P.1960.2.219 Banque 1960.535 obs.X. Marin ; Hamel, le droit du banquier de refuser l'ouverture d'un compte, Banque 1959.6 ; Comp. cass. crim. 11 juillet 1962.J.C.P.1962.II.12799.D.1962. 497 rapport Costa ; S.1962.219 note Robert.

(3) En ce sens Cass.crim.22 octobre 1964 (1ère espèce) J.C.P.1965.II.14160 Hémard - G.P.1964.2.386, D.1964.753.Cass. com. 8 octobre 1968 J.C.P. 1969.II.15807 n.Hémard ; Cass. crim. 22 décembre 1969 D.1970.108 n. Guyenot - J.C.P.1970.II.16500 obs. Guérin. R.T.D.Com 1971.156 obs.Hémard Gavalda Le refus du banquier, art. précité Gavalda et Stoufflet Droit de la Banque, op cité nº 276 - Contra T. Com. Seine 27 Juin 1960. Hamel, Le droit du banquier de refuser l'ouverture d'un compte - art. précité.

Le problème du refus du banquier ne se pose pas vraiment pour la fourniture de crédit. D'une part, cette activité n'est ni un produit, ni un service au moins entendu stricto-sensu. A ce titre, elle doit échapper à l'application de l'ordonnance (1). D'autre part, l'intuitus personae domine totalement ce contrat qui fait toujours courir des risques importants au banquier qui doit donc être libre de refuser de contracter (2).

831. En revanche, la fourniture des divers services bancaires est normalement soumise à la législation sur le refus de prestation de services. Ces prestations ne comportent pas de risques particuliers. Aucun problème spécifique ne se pose donc à leur égard (3). La difficulté essentielle concerne le refus d'ouverture de compte. Si l'intuitus personae propre à ces conventions ne suffit pas à faire écarter le principe de l'incrimination du refus d'ouverture de compte (4).

Le banquier peut facilement justifier de son refus en arguant du caractère anormal de la demande ou de la mauvaise foi du demandeur. Il en est ainsi notamment lorsque le banquier a des raisons d'estimer que le client utiliserait son compte de manière répréhensible. En outre, le domaine de cette obligation est limité à l'ouverture d'un compte de dépôt, ou sur livret, qui ne font courir aucun risque grave au banquier (5).

---

(1) Voir supra nº 786.
(2) Gavalda et Stoufflat, Droit de la banque op cité nº 279.
(3) idem nº 280
(4) Voir la bibliographie citée supra.
(5) Gavalda. Le refus du banquier art. précité - Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque, op cité nº 278.

En revanche, la délivrance d'un carnet de chèques relève de son pouvoir discrétionnaire. Cette solution traditionnelle (1) a été consacrée et renforcée par les lois de 1972 (2) et de 1975 (3) sur le chèque qui ont sensiblement augmenté les pouvoirs du banquier ainsi que sa responsabilité.

L'application de la législation sur le refus de prestation de service au banquier ne modifie pas sensiblement la situation de ce dernier. Elle l'oblige essentiellement à justifier son refus. Or, il apparaît clairement que dans le domaine des services traditionnels, les causes de justification doivent être interprétées avec une souplesse certaine, en raison du caractère souvent personnel de ces conventions.

Ces problèmes se retrouvent aussi à propos des services nouveaux. Mais la situation est souvent plus délicate à définir en raison de la complexité de ces contrats.

II. Les contrats nouveaux.

832. Tous les contrats de services étant soumis à la législation économique, le refus de prestation de services est en principe prohibé. Le "renting" ou l'ingenierie ne bénéficient par exemple d'aucune dérogation. Il faut simplement remarquer que les services intellectuels créent un lien étroit entre le prestataire et le bénéficiaire. Ces prestataires pourront en conséquence assez souvent justifier de leur

(1) Gavalda, le refus du banquier art. précité.
(2) Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque op cité nº 278.
(3) M. Cabrillac, servitudes et grandeurs bancaires ou le nouveau droit des émissions de chèques sans provision D.1975.ch. 51 ; Gavalda, une seconde étape. La loi nº 75.4 du 3 janvier 1975 sur la prévention et la répression des infractions en matière de chèques J.C.P.1976.I. 2764 nº 9 et ss.

refus de contracter (1) s'ils peuvent légitimement redouter une mauvaise volonté et un refus de collaboration du client.

Une condition particulière doit cependant exister pour que l'incrimination du refus de prestation de service soit susceptible de jouer.

L'article 37 suppose au moins implicitement que la prestation rentre dans le cadre de l'activité professionnelle du prestataire. Les services fournis occasionnellement ne sont pas soumis à la règlementation du refus de contracter. Les contrats de communication de Know-How, en conséquence échappent à ce régime.

833. La situation est souvent identique en matière de franchises de services (2). Les services de gestion fournis par le franchiseur au franchisé ne constituent pas normalement l'activité professionnelle de ce dernier. La législation sur le refus de prestation de services ne peut leur être appliquée (3).

---

(1) Un autre argument peut être soulevé, si l'on admet que le refus de prestation de service ne sanctionne jamais un refus de former le contrat, mais toujours un refus d'exécuter le contrat (J.C.Serna. Le refus de contracter op cité p. 110 et p. 170). L'ingénieur n'est pas en état d'offre permanente. L'offre réelle provient du client. Le refus de fournir ses services constituerait donc dans ce cas un refus de contracter. Il serait donc possible d'en déduire que l'article 37 ne s'applique pas à ces contrats. Mais cette solution ne peut pas être retenue. Elle revient en effet à ajouter une condition d'application qui ne se trouve en aucun cas dans le texte de l'ordonnance.

(2) Les franchises de produits même si on admet leur autonomie ne posent pas des problèmes différents de ceux posés par les concessions commerciales. Il n'en sera donc pas question ici.

(3) Il n'en n'est pas de même si le franchiseur est aussi producteur ou distributeur de produits. Les refus de vente qu'il peut alors être conduit à émettre sont normalement soumis à l'article 37.

Il semble cependant que dans certaines circonstances les franchises puissent devenir une véritable industrie (1). Le problème du refus de prestation de service peut alors se poser. Ces contrats posent cependant le problème de la co-existence de la législation économique avec les droits de propriété industrielle qui constituent un des éléments essentiels des opérations de franchises. En outre, même en supposant l'article 37.1º applicable, le franchiseur pourra souvent justifier aisément ses refus de prestation de services.

a) L'article 37.1º et lesdroits de propriété industrielle.

834. Les contrats de franchising comportent toujours la concession d'une licence de marque au profit du franchisé, permettant à ce dernier d'apposer "sur" ses services la marque du franchiseur. Si cette marque s'applique aux services du franchisé, elle trouve sa justification dans l'existence des services fournis par le franchiseur, qui permettent d'assurer une identité des prestations quels que soient les divers prestataires. Le problème se pose en conséquence de savoir si l'existence d'une licence exclusive justifie le refus de prestation émanant du franchiseur. La réponse peut sembler à priori négative. La licence de marque n'interdit pas au franchiseur de fournir des services identiques à des tiers. La licence et la prestation des services ont des domaines différents. Cette solution cependant ne tient pas compte de l'existence d'un lien de causalité entre la licence et la prestation de services.

---

(1) R. Saint-Alary rapport sur le franchising, in actualités de droit de l'entreprise Montpellier 1970. op cité p. 56.

Il est en effet possible d'affirmer que les services de gestion ne constituent que le moyen d'assurer le maintien de la valeur de la marque et qu'ils sont un élément essentiel du contrat de licence. La concession d'une licence exclusive empêcherait en conséquence le concédant de fournir ses services à des tiers.

Ce raisonnement ne permet cependant pas de justifier le refus de fournir ces prestations lorsque la licence n'est pas exclusive. Dans cette hypothèse, le franchiseur conserve en effet la possibilité d'attribuer à des tiers le droit d'utiliser sa marque. Le problème se pose alors de savoir si ce droit ne constitue pas dans certaines circonstances une obligation.

Cette question ne se pose pas lorsque la concession de licences est une opération occasionnelle. Cette activité n'est pas soumise à l'article 37.1º. En revanche, si de véritables professionnels des franchises s'instaurent la concession de licences peut devenir une activité habituelle et professionnelle. Rien n'interdit alors de considérer que ces contrats constituent des services, dont le refus est illicite .

Le franchiseur cependant dispose alors de plusieurs arguments pour justifier son refus.

b) La justification du refus de prestation de service.

835. Le premier tient à l'existence éventuelle de services de haute qualité ou de haute technicité fournis par le franchisé et qui interdisent au franchiseur d'intégrer dans sa chaîne des prestataires incompétents.

Cette solution traditionnelle dans les concessions commerciales (1) joue aussi dans le domaine des services (2).

Le second tient à l'impact que peut avoir une nouvelle adhésion sur la situation interne du franchiseur. L'acceptation forcée de nouveaux franchisés le conduit à augmenter son activité, et donc à adapter ou modifier la structure de son entreprise. Cette solution se traduit pas l'immixtion du juge dans les méthodes et dans les choix de gestion du franchiseur, et est manifestement incompatible avec un système d'économie libérale. Les modifications ainsi imposées tiennent à ce que le franchiseur ne pouvait donner satisfaction aux tiers, avec ses disponibilités existantes. Le refus de contracter est donc légitime.

La législation sur le refus de prestation de services n'a donc qu'un effet limité sur le contrat de franchise. Les services justifient la liberté du prestataire. Ce rôle des services est d'autant plus remarquable qu'il se retrouve en matière de refus de vente.

B. Les services et la justification du refus de vente.

836. Les notions de "haute technicité" et de "haute qualité" occupent une place importante dans la justification du refus de vente. En réalité, ces notions n'apparaissent que lorsque la distribution du produit est accompagnée de services importants. Il importe donc de déterminer la nature de ces prestations ainsi que leur rôle exact dans la justification du refus de vente.

(1) Cass. crim. 11 juillet 1962, précité ; Paris 18 novembre 1964 précité ; Paris 26 mai 1965 précité - cass. crim. 21 mars 1972. D.1973.677 n. Ivainer - J.C.P. (C.I.) 1973.II.10878 obs. Guérin ; R.T.D. com.1973. 314 obs. Hémard.

(2) Cass. com. 7 janvier 1969 précité.

a) Produits de haute technicité, de haute qualité et prestations de services.

837. La notion de haute technicité est celle qui a donné lieu au plus grand nombre de décisions. Certains auteurs considèrent que le critère de distinction doit être recherché dans l'importance de la production du fabricant (1). Un constructeur produisant en grande série et à bas prix ne pourrait voir ses produits obtenir l'appellation de produit de haute technicité. Il est vrai que cet élément est pris en considération par la jurisprudence (2), mais seulement à titre d'indice. Les tribunaux examinent aussi les qualités intrinsèques des produits et se préoccupent de la complexité des mécanismes ou des difficultés de mise au point, de fonctionnement et de réparation (3). Ces qualités techniques nécessitent l'existence de distributeurs spécialisés capables d'assurer la mise au point, l'entretien et la réparation du matériel. La notion de haute technicité apparaît donc lorsque la distribution des produits s'accompagne nécessairement de l'élaboration d'un service de conseil pré-vente et surtout d'un service après-vente (4).

Le rôle des prestations de services est moins important dans la notion "de haute qualité". Il n'est cependant pas négligeable.

---

(1) J. Guyenot, Les contrats de concession commerciale op cité nº 311.
(2) Cass. crim. 13 juillet 1961.2º espèce, D.1961.340.
(3) Cass. crim. 22 octobre 1964.2º espèce D.1964.753 n. J.L.C. J.C.P. 1965.II.14160 n. Hémard.
(4) L'affaire Colin - Radio matériel a porté essentiellement sur ce point. Trib. corr. Lyon 18 mai 1960. Lyon 9 décembre 1960. R.T.D. Com. 1961.616 obs. Hémard ; cass. crim. 13 juillet 1961 précité et sur renvoi Grenoble 25 avril 1963. R.T.D. com. 1964.600 obs. Hémard et cass. crim. 22 octobre 1964 (2º espèce) précité - adde cass. com. 8 octobre 1968.J.C.P. 1969.II.15807 n. Hémard.

Ces produits sont sans mystère scientifique ou technique. Leur valeur tient essentiellement dans le soin apporté à leur élaboration et aussi dans la qualité de la distribution, qui est un élément déterminant pour assurer et maintenir la renommée d'une marque (1). La commercialisation de ces produits implique notamment la fourniture de services : emballage des produits, accueil des clients, conseils d'utilisation. Ainsi, les produits de haute qualité comme les produits de haute technicité supposent-ils le développement de prestations de services par les distributeurs. Ces considérations sont pour la jurisprudence une justification essentielle du refus de vente opposé par le producteur à des tiers.

b) Les services de distribution et la justification du refus de vente.

838. Le producteur peut invoquer la nécessité de fournir ces services, pour justifier un refus de vente opposé à un distributeur en dehors de tout réseau spécifique. Mais il l'invoque le plus souvent pour justifier l'existence d'une concession commerciale.

La distribution de produits de haute technicité ou de haute qualité autorise le refus de vente opposé à un distributeur incompétent qui ne peut assurer les services nécessaires au bon écoulement des marchandises (2). Mais, en l'absence d'un réseau spécifique le producteur ne peut pas refuser l'approvisionnement des commerçants dont la capacité technique et commerciale est suffisante (3). La liberté de choix est donc limitée.

---

(1) Paris 26 mai 1965 précité.
(2) Cass. crim. 24 octobre 1964 (2e espèce) précité.
(3) Cass. crim. 11 juillet 1962.D.1962.497.rapp. Costa.S.1962.219 n.Robert J.C.P.1962.II.12799 et sur renvoi - Amiens 9 mai 1963.J.L.P. 1963.II. 13222 ; D.1963.556 n.Hémard;G.P. 1963.I.426.

La constitution d'un réseau de concessionnaires exclusifs permet au producteur de refuser l'approvisionnement des tiers. Mais il faut que ce réseau soit licite. La nécessité de fournir les services accompagnant des produits de haute technicité ou de haute qualité constitue une justification essentielle de ces conventions d'exclusivité. Les impératifs de distribution de ces produits sont considérés en effet par la jurisprudence comme une condition suffisante pour valider l'existence d'un véritable contrat de concession commerciale (1). Il semble même que cette condition soit une condition nécessaire (2). Dans plusieurs arrêts en effet, la cour de cassation a considéré que l'existence de clauses d'exclusivité ne justifiait pas le refus de vente opposé par le producteur, les produits n'étant pas de haute technicité ou de haute qualité (3).

839. Les services ont donc un double rôle dans la législation économique. Ils constituent un des deux domaines de la règlementation et ils en atténuent aussi la sévérité. Cette deuxième fonction tient essentiellement à la spécificité de certaines catégories de prestations, qui ne permet pas de traiter les services et les produits de manière totalement uniforme. Ce phénomène, important déjà lorsqu'il s'agit d'interdire, est encore plus manifeste lorsqu'il s'agit d'inciter les prestataires à adopter certains comportements. Une politique économique ne peut pas ne pas prendre en considération le particularisme des services.

(1) Cass. crim. 11 juillet 1962 précité.
(2) en ce sens, J. Guyenot, op cité p. 280 et ss. et note au D.1965.75. Voir cependant contra concl.Souleau sur Paris 28 avril 1966.D.1967.37.
(3) Cass. com. 8 octobre 1968 précité ; cass. com. 7 janvier 1969 précité et cass. crim. 21 mars 1972 précité. adde sur renvoi Nîmes 9 novembre 1972.R.T.D.com.1973.855 obs. Hémard ; J.C.P. 1974.II.17661 . n. Guerin, R.T.D. Com.1974.330 obs.Bouzat. Il est à noter par ailleurs que ces deux derniers arrêts semblent sensiblement plus restrictifs que les décisions précédentes, et semblent adopter des critères assez proches de ceux admis par le droit européen, en exigeant notamment que la concession n'entraîne pas une protection territoriale absolue et n'affecte pas sensiblement la concurrence.

CHAPITRE II. POLITIQUE ECONOMIQUE ET SERVICES.

840. Les activités de services affectent sensiblement l'ensemble des équilibres économiques. Le phénomène le plus apparent est sans doute leur rôle inflationniste (1), mais il n'est pas le seul. Les services contribuent au déséquilibre de la balance des paiements (2) et l'exportation de services intellectuels est souvent considérée comme une priorité essentielle (3). Ces prestations contribuent aussi largement à modeler la physionomie du paysage urbain et rural (4). Les services modernes accentuent le déséquilibre existant dans la répartition des populations entre Paris et la province et entre les villes et la campagne (5). Ils constituent en outre une cause de développement des

(1) Voir supra nº 824.
(2) Almeras, thèse précitée nº 224.
(3) Voir Le Monde du 27/28 mai 1975. Le Monde, dossiers et documents 1975. L'année économique et sociale p. 142 - M.O.C.I. nº spécial exportations 1960.70 janvier 1971 p. 213 et ss. Ainsi les transferts de technologie à destination ou en provenance de la France doivent-ils faire l'objet d'une déclaration au Ministère de l'industrie (P. Julliard ,La nouvelle règlementation des transferts techniques internationaux J.C.P. (C.I.) 1971.II.10016.)
(4) Datar, questions à la société tertiaire op cité p. 9 et ss.
(5) Le Monde 26 février 1974.

villes nouvelles et de restauration de certains centres urbains traditionnels (1). Les services traditionnels en revanche tendent à maintenir un certain équilibre entre le peuplement urbain et rural. La nécessité de maintenir un contact direct avec la clientèle ainsi que les coûts élevés des facteurs de production dans les villes, ont joué en faveur de la décentralisation de ces activités (2).

Ces considérations ont une incidence manifeste sur les choix économiques et politiques des pouvoirs publics. Il n'est pas étonnant dans ces conditions que les services affectent les diverses techniques d'incitation (3) dont disposent les autorités, que ce soit en matière de financement, de marchés publics (4) ou de fiscalité.

SECTION I. LE FINANCEMENT DES SERVICES.

841. La valeur des services réside essentiellement dans un travail qui disparaît dès qu'il est effectué, et qui n'apparaît pas matériellement avant d'être fourni. Il en résulte souvent des difficultés de financement externe, les banques hésitant à soutenir des entreprises dont les structures financières semblent fragiles (5).

---

(1) Datar, questions à la société tertiaire, op cité p. 106
(2) idem p. 103 et ss.
(3) sur ces questions, voir Farjat, droit économique, op cité p. 177 et ss, p. 199 et ss., p. 211 et ss. et p. 238 et ss.
(4) sur l'importance des commandes publiques comme instrument d'une politique économique, voir Galbraith, le nouvel état industriel op cité p. 314 et ss.
(5) Rapport des commissions du VIº plan. Comité ingenierie Doc. 1971. p. 41.

Ces particularismes conduisent l'Etat à mettre au point des procédés destinés à atténuer ces difficultés. Cet effort ne se limite pas au financement privé des prestataires de services. Il porte aussi sur les méthodes de financement public ainsi que sur les garanties de financement.

§ I. Les difficultés de financement.

842. Les services peuvent en principe bénéficier de toutes les formes de crédits existants. Il n'existe pas de procédé de financement réservé aux activités ou aux entreprises de services (1). Il n'en demeure pas moins qu'en pratique l'accès aux différentes sources de crédit est souvent difficile pour les prestataires de services et particulièrement dans le domaine des services intellectuels nécessitant des investissements préalables importants.

Il en est ainsi notamment pour l'ingenierie. Les entreprises de ce secteur ont une surface financière réduite par rapport à l'importance des affaires traitées surtout lorsqu'elles agissent comme ensembliers (2). Leur patrimoine repose plus sur la "possession de matière grise" que sur l'existence d'immobilisations importantes. Il en résulte que les ratios

(1) Une place à part doit cependant être réservée au financement du stade intermédiaire entre le service et le produit. L'innovation est souvent coûteuse et fait courir des risques importants aux industriels. C'est pourquoi le législateur a créé les sociétés financières d'innovation, destinées à faciliter le financement de la mise en route industrielle des inventions (M. Barseghian, le financement de l'innovation J.C.P. 1975.I.2700 et le régime juridique et fiscal des sociétés financières d'innovation J.C.P.1975 (éd.C.I).II.11720). Il s'agit ici de financer non des services mais des produits nouveaux dont l'existence a été rendue possible par la fourniture préalable de services.

(2) Comité Ingenierie rapport précité p. 41. Ce problème ne se pose cependant réellement que lorsque l'ingénieur n'est pas un élément d'un groupe important.

de structure financière font apparaître des déséquilibres financiers importants qui ne traduisent pas nécessairement la situation réelle de l'entreprise (1). Il est certain à cet égard que la centrale des bilans de la Banque de France (2) peut jouer un rôle important dans une meilleure appréciation de ces secteurs. Cet organisme créé en 1968 a pour objet d'améliorer les informations financières des entreprises et surtout de permettre des comparaisons inter-entreprises. Les firmes ayant adhéré à la centrale des bilans lui communiquent les renseignements comptables essentiels : bilan, compte d'exploitation générale, compte de pertes et profits, immobilisations, titres de participation, etc... A partir des informations reçues, des dossiers statistiques sont établis par secteur d'activité et fournissent l'ensemble des informations qualitatives et quantitatives extraites des comptabilités des entreprises. Chaque adhérent reçoit en outre un dossier individuel comprenant un bilan, un compte d'exploitation, un compte de résultats et un tableau de ratios. La comparaison de ce dossier avec les dossiers reçus antérieurement et surtout avec les publications sectorielles permet à l'entreprise adhérente de mieux se situer parmi les firmes comparables. Les banques ont ainsi les moyens d'apprécier de manière plus précise la solidité de leurs clients.

843. L'amélioration des instruments d'analyse permet d'éviter une mauvaise compréhension des phénomènes étudiés mais elle ne permet pas de remédier aux déséquilibres de structure et notamment à l'absence ou à la faiblesse des garanties traditionnelles. Il a pu ainsi être proposé pour améliorer la surface financière de ces entreprises, de créer des réserves de développement en franchise d'impôts (3) ou de faciliter la constitution

(1) idem p. 42.
(2) F. Goré et Cl. Dupouy, comptabilité générale de l'entreprise industrielle et commerciale ed. Montchrestien 75 p. 810 et ss. Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque op cité nº 203.
(3) Comité Ingénierie rapport précité p. 42.

de provisions pour risques à long terme ou pour dépréciation du poste études et travaux (1). Ces solutions ne peuvent cependant supprimer l'incertitude existant toujours sur le résultat du service fourni. Cette imprévisibilité croît encore lorsque comme dans la recherche l'obtention d'un résultat est hypothétique. L'Etat est alors conduit à intervenir de manière directe dans le financement de ces services.

§ II. Le financement public des services.

844. Les services bénéficient, en principe, des mêmes procédures d'aides et de subventions que les activités industrielles (2). Des choix de politique économique peuvent cependant conduire à refuser le bénéfice de certaines procédures à des activités de services. Ainsi les entreprises de services ne peuvent-elles en principe bénéficier de la prime de développement régional, destinée à favoriser l'industrialisation des différentes régions (3). Inversement, certains choix conduisent à élaborer des textes exclusivement au profit des entreprises de services. Il en est ainsi de la prime de localisation des activités tertiaires (4), qui est attribuée aux entreprises transférant leurs activités de services de Paris en province. Son montant est de 10 à 20 % du montant des investissements realisés.

---

(1) idem p. 43.

(2) sur ces questions, voir Boulouis, Essai sur la politique des subventions administratives, Paris 1951. M. Lagache Les investissements privés et le concours financier de l'Etat, Berger Levrault 1959 - M. Vasseur, l'Etat, banquier d'affaires, Dalloz 1962 - Ph. Schening, les aides financières publiques aux entreprises privées, contribution à l'étude juridique de l'administration économique thèse dactyl. Paris 1968 - J. Saint Geours, le financement des investissements et le F.D.E.S., Banque 1956 - p. 755.

(3) Decret 76.325 du 14 avril 1976. J.O. du 15 avril - J.C.P.1976 (C.I.) III.44209.

(4) Décret 76.326 du 14 avril 1976.J.O. du 15 avril. J.C.P.1976 (C.I.) III.44210.

845. Une situation particulière est faite aux activités de recherche qui peuvent soit bénéficier de la prime de développement régional, soit bénéficier de la prime de localisation des activités tertiaires.

Cette solution tient à l'importance accordée par l'Etat à la recherche scientifique qui constitue une condition importante du développement industriel, mais qui est coûteuse et dont la rentabilité est aléatoire. Les entreprises industrielles hésitent donc à lancer d'importants programmes et la recherche scientifique dépend en grande partie de l'Etat (1), soit qu'elle soit directement effectuée par des organismes publics : universités, C.N.R.S., I.N.R.A., I N S E R M. etc, soit que l'Etat finance la recherche privée susceptible de développements industriels intéressants (2).

Cette politique permet de faciliter le développement de programmes de recherches importants sans faire courir aux entreprises des risques financiers trop grands. De son côté, l'Etat peut orienter les choix industriels vers les objectifs jugés prioritaires (3). Cette

---

(1) cf. J.K. Galbraith, le nouvel Etat industriel op cité p. 31 et ss.

(2) En réalité, il n'existe pas de distinction radicale. Si certains organismes de recherche comme le C.N.R.S. sont des organes d'impulsions et d'exécution, la recherche publique connaît aussi une dissociation entre ces deux domaines. Ainsi la D.G.R.S.T., qui n'est qu'un organe d'impulsion finance-t-elle aussi bien des recherches effectuées par les laboratoires privés que celles menées par les laboratoires publics (cf. L. Favoreu, un contrat administratif d'un type nouveau. Les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.E. Act. jur. adm.1965.443).

(3) rapports des commissions du VIº plan. Comité recherche Doc. fse. 1971. p. 108.

incitation peut se faire par divers moyens et notamment par le développement des marchés publics (1). Il semble cependant qu'au moins dans le domaine de la recherche les grands organismes d'impulsion comme la D.G.R.S.T. s'orientent essentiellement vers une politique contractuelle (2) de subvention (3), n'impliquant pas nécessairement une fourniture à son profit (4).

846. L'aide à la recherche dépend de nombreux organismes publics. Il serait fastidieux et inutile de passer en revue les différentes méthodes employées. Il ne sera donc fait état ici que des conventions passées par l'organisme d'impulsion le plus important en raison du caractère général de sa mission, la Délégation générale à la recherche scientifique et technique (D.G.R.S.T.) (5). Cet organisme dépendant du premier ministre a été créé par un décret du 28 novembre 1968. Du fait de son caractère général, la D.G.R.S.T. apparaît un peu comme le modèle des organismes dispensateurs de fonds de recherche. Tous les organismes spécialisés ont tendance à s'inspirer des procédés mis au point par la Délégation. L'étude des conventions passées par la D.G.R.S.T. donne en conséquence une assez bonne idée de l'ensemble des conventions qui peuvent être conclues en ce

---

(1) Les marchés publics jouent un rôle très important en garantissant l'existence d'un marché stable pour les entreprises privées. Un exemple particulièrement remarquable du rôle joué par les commandes publiques comme éléments d'une planification très souple, est fourni par la réorganisation de l'industrie de l'informatique en France. En "contre-partie" de l'absorption de C.I.I. par Honeywell-Bull, l'Etat a garanti un montant minimum de commandes à la nouvelle société (Le Monde du 23 octobre 1975).

(2) Sur la nature contractuelle de ces subventions, voir M. Fleuriet, les Techniques de l'économie concertée op cité p. 135 et ss., p. 143 et ss et p. 156 et ss.

(3) Sur la compatibilité du contrat et de la subvention, voir Favoreu, art. précité p. 448.

(4) Sur la distinction de ces contrats et des marchés publics, voir Favoreu, art. précité p. 451.

(5) L. Favoreu, art. précité p. 444 et ss.

domaine. Il faut cependant noter un particularisme important. Organisme d'impulsion, la D.G.R.S.T. ne se préoccupe pas d'acquérir les produits de la recherche. Ses actions sont donc essentiellement des opérations de financement, alors que les organismes d'exécution ou d'exploitation des recherches ont souvent tendance à chercher à cumuler le double rôle de promoteur et de client (1).

Cette orientation de la Délégation apparaît très clairement dans les actions qu'elle développe. Elle a ainsi remplacé les marchés et conventions de recherche (2) par deux formules fondées non plus sur la distinction entre le secteur public et le secteur privé, mais sur la distinction entre l'aide à la recherche fondamentale et l'aide au développement (3).

---

(1) Ces organismes passent alors de véritables marchés d'études. Sur cette question, voir infra nº 870 et ss. la part de ce financement est en fait considérable. Sur les 10 milliards de francs dépensés en 1973 par les entreprises privées en recherche, 3 milliards ont été financés par des marchés d'études (renseignements communiqués par la D.G.R.S.T.)

(2) sur ces deux formules, voir L. Favoreu art. précité.

(3) La distinction n'était cependant pas totalement étrangère aux contrats antérieurs, mais elle se confondait avec la distinction portant sur le caractère privé ou public du co-contractant. Voir L. Favoreu art. précité p. 451. Le montant de l'aide à la recherche s'est élevé environ à 150 millions en 1973. Le montant de l'aide au développement était pour la même époque de 300 millions.

A. La Recherche Fondamentale.

847. De nouvelles formules ont été mises en oeuvre, à partir du 1er janvier 1974 (1). Elles ont pour but de simplifier les conditions de formation du contrat et de mieux définir les rôles des parties dans l'exécution de la recherche.

a) La formation de la convention.

848. Les comités d'études de la délégation définissent annuellement des programmes de recherche. Les entreprises ou les laboratoires désireux de bénéficier de l'aide publique doivent déposer une demande proposant un programme détaillé de recherches et exposant les principaux intérêts ainsi que les moyens, la durée et le coût du programme.

La Délégation désigne alors le programme choisi, le bénéficiaire du programme et le montant des dépenses pour lesquelles l'aide sera attribuée. L'aide qui peut atteindre 100 % du montant des frais de la recherche lorsqu'il s'agit d'un laboratoire public, ne dépasse jamais 50 % lorsqu'il s'agit d'un laboratoire privé. Cette part de financement laissée à l'entreprise permet de s'assurer de l'intérêt que présente pour cette dernière, la recherche. Dans tous les cas, l'aide ne sera en définitive attribuée que lorsque le bénéficiaire de la recherche aura formellement accepté les propositions de la délégation. Dès cette acceptation, l'exécution de la convention d'aide commence.

(1) Sur cette question, voir H. Curien. Les nouvelles conditions d'attribution des aides à la Recherche, le Progrès scientifique, doc. fse. janvier-février 1974. p. 61 et ss.

b) L'execution de la convention.

849. Les parties doivent exécuter certaines obligations pendant le déroulement de la recherche. En outre, comme dans tous les contrats en ce domaine, le sort des résultats est minutieusement réglé.

1. Le déroulement de la recherche.

850. La D.G.R.S.T. est tenue de fournir l'aide prévue. Le bénéficiaire est simplement tenu de suivre le programme envisagé. Lorsque l'aide est fournie à une entreprise du secteur privé (1), la part de l'aide destinée à l'achat de materiels nécessaires au démarrage du programme est fournie dans les trois mois suivant la décision attributive. Cette part ne doit pas dépasser 20 % de l'aide. Ensuite, le restant moins 10 % est attribué par tranches trimestrielles pendant toute la durée de la recherche. Enfin, les 10 % restant sont fournis après remise du compte-rendu final.

Ces obligations de la D.G.R.S.T. peuvent exceptionnellement se trouver limitées. Il en est ainsi lorsque le programme n'est pas exécuté conformément aux engagements pris. La D.G.R.S.T. peut alors réduire le montant de son aide en tenant compte des dépenses effectuées. Il en est de même si le responsable scientifique quitte son poste chez le bénéficiaire de l'aide.

(1) Lorsque l'aide est fournie à un laboratoire public, les règles sont sensiblement différentes. La première fraction est versée dès la décision et n'est pas limitée dans son montant. Les versements effectués pendant la durée des travaux sont attribués semestriellement.

Enfin, une décision du délégué général de la recherche scientifique peut toujours décider la réduction de l'aide. Cette décision ne peut intervenir que six mois après la date du début d'exécution du programme et elle doit déterminer la date à partir de laquelle les dépenses ne seront plus couvertes par l'aide.

En pratique, donc l'attribution de l'aide est étroitement liée à l'exécution correcte de la recherche.

851. Le bénéficiaire s'engage en effet à respecter le programme qu'il a établi. Toute modification du contenu ou de la durée des travaux doit en principe donner lieu à une nouvelle décision administrative.

Le chercheur conserve cependant une marge de liberté et il peut modifier la répartition provisionnelle des dépenses d'un poste sur l'autre dans certaines limites. Il peut aussi allonger librement la durée des travaux de six mois.

Pendant l'exécution des travaux, le bénéficiaire doit remettre à la D.G.R.S.T. des mémoires justificatifs des dépenses, la documentation technique, les plans et les prototypes, se soumettre aux contrôles financiers et scientifiques de la D.G.R.S.T. et l'informer enfin de toute publication des résultats.

A la fin des travaux, un compte-rendu final doit être remis dans les deux mois à la Délégation. Les informations obtenues par cette dernière ne peuvent être divulguées sans l'accord de l'organisme de recherche. En effet, cette convention ne conduit pas à l'appropriation des résultats de la recherche par la D.G.R.S.T.

2. Le sort des resultats.

852. La D.G.R.S.T. n'acquiert pas les resultats, mais elle impose souvent au chercheur de publier les résultats des travaux afin d'assurer le développement général de la recherche. Cette publicité interdit donc aux bénéficiaires de s'approprier les résultats non brevetables de la recherche. En revanche, les brevets sont normalement pris par le bénéficiaire en son nom. Une licence gratuite doit être attribuée à l'Etat pour la satisfaction de ses besoins. La D.G.R.S.T. doit être informée de la cession des droits sur les brevets à des tiers. Elle peut s'opposer à ces opérations lorsque le cessionnaire ou le concessionnaire est étranger.

Si l'entreprise cesse son exploitation, la D.G.R.S.T. doit en être informée et elle peut faire reprendre les brevets par l'ANVAR.

En outre, si le bénéficiaire ne fait pas breveter ses inventions dans un délai d'un an après l'expiration de la recherche, la D.G.R.S.T. après mise en demeure, peut faire breveter les inventions au nom de l'Etat en accordant une licence gratuite à l'inventeur. Lorsque l'Etat n'exploite pas personnellement l'invention, un droit de priorité est reconnu au chercheur pour cette exploitation dans les conditions prévues par les marchés publics.

853. La D.G.R.S.T. peut en cas d'exploitation industrielle des brevets demander des redevances aux bénéficiaires pendant une durée limitée de 10 ans et qui ne peuvent excéder 70 % du montant de l'aide ainsi que 2 % du prix de vente hors taxe des matériels fabriqués ou 30 % des droits de propriété industrielle commercialisés.

En pratique, ces situations sont exceptionnelles, la recherche ne donnant pas lieu normalement à des possibilités d'exploitation immédiate. Il n'en va pas de même dans l'aide au développement.

B. La recherche-Développement.

854. Les contrats d'aide au développement, créés en 1964 et régis par une instruction inter-ministérielle du 20 octobre 1970 obéissent à une procédure assez complexe. L'instruction de la demande d'aide présentée à un ministère technique est effectuée par un secrétariat permanent placé sous l'autorité du délégué général à la recherche scientifique et technique, ainsi que par les directions techniques des différents ministères. Le point de vue financier est examiné par le Crédit National.

En principe, les pouvoirs publics privilégient les projets intéressant l'ensemble de la collectivité, l'indépendance énergétique ainsi que le développement des exportations. Les décisions d'octroi de l'aide sont prises par le ministre chargé de la recherche scientifique ou sur délégation par le délégué général de la recherche, après avis unanime du comité I quater du F.D.E.S.

855. Une convention est alors signée entre l'industriel bénéficiaire et le Crédit National. Ce dernier organisme est chargé de verser la subvention ainsi que de percevoir les remboursements éventuels.

L'Etat fournit en effet une avance sans intérêt égale à 50 % du coût des travaux. Cette avance est remboursable selon les modalités définies dans la convention.

En pratique, un pourcentage du chiffre d'affaires ou des redevances des licences est prélevé annuellement. En outre, le bénéficiaire doit payer à l'Etat une redevance annuelle assise sur le montant des tranches de la subvention effectivement versée, pendant douze ans. Ces obligations ne doivent être respectées par l'industriel qu'en cas de succès. En cas d'échec constaté par le ministre chargé de la recherche après avis du comité I quater du F.D.E.S., le bénéficiaire est délié de toute obligation.

856. Pendant la durée de la recherche, le bénéficiaire doit se soumettre aux contrôles techniques et financiers de l'administration. Il s'engage aussi à informer régulièrement les pouvoirs publics de l'état des travaux, à ne pas les interrompre sans en référer à ces derniers, et à communiquer à la D.G.R.S.T. toute modification de la structure de l'entreprise. Le chercheur s'engage enfin à ne pas communiquer gratuitement à des tiers ses brevets, ou son savoir-faire et à ne les communiquer à titre onéreux qu'avec l'accord de l'administration. Toutes ces mesures ont pour but en effet non seulement de s'assurer de la réalité et du sérieux de la recherche, mais aussi d'éviter des ré-orientations de programmes contraires aux objectifs poursuivis par le gouvernement.

Malgré ces contraintes, le financement de la recherche est nettement privilégié par les autorités publiques. Tous les services n'ont pas un rôle et une place comparable. Il n'en demeure pas moins que le souci de développer les services industriels apparaît très général et implique des mesures particulières notamment des garanties de financement. L'assurance-crédit des services présente en conséquence une spécificité assez marquée.

§ III. Les garanties de financement : l'Assurance-Crédit des services.

857. L'assurance-crédit interne ne semble pas poser de problème particulier (1). Il n'en est pas de même de l'assurance crédit à l'exportation. L'exportation de produits ou de services nécessite un travail préalable d'implantation surles marchés extérieurs (2). Les entreprises sont ainsi conduites à développer des services préalables à l'exportation proprement dite. L'assurance des services pré-vente précède en conséquence l'assurance crédit de la "vente" de services (3) ou des marchandises.

A. L'assurance des services pré-vente.

858. La prospection des marchés extérieurs suppose souvent l'engagement de frais importants, qui ne sont pas compensés par la conclusion de

(1) Fontaine. Essai sur la nature juridique de l'assurance crédit Bruxelles 1966, Belliard, l'assurance crédit thèse dactylographiée Bordeaux 1973 - ces deux ouvrages en effet se signalent dans le domaine des services par un silence complet. M. Denis-Linton, Juris-ClasseurBanque et Bourse fasc. nº 36 C. Le crédit commercial provenant d'une vente de marchandises est couvert comme le crédit provenant d'une prestation de services.

(2) Dangeard et Pontet, les Techniques de l'exportation P.U.F. "que sais-je" p. 21 et ss ; M.O.C.I. numéro spécial exportation 60-70 janvier 1971 p. 71 et ss.

(3) sur l'importance de l'exportation des services cf. M.O.C.I. précité p. 179 et ss. L'assurance foire et l'assurance prospection ne méritent pas stricto-sensu, la qualification d'assurance crédit qui couvre une créance. Par commodité, on les range cependant parfois sous cette rubrique.

contrats intéressants. C'est pourquoi la C.O.F.A.C.E. a mis au point deux polices destinées à couvrir ces risques (1). Il s'agit de l'assurance prospection et de l'assurance foire (2). Cette phase préparatoire aux exportations proprement dites implique la prestation de divers services.

a) L'Assurance prospection.

859. L'assurance prospection couvre 50 à 70 % de la perte résultant de l'insuccès d'une action de prospection, lorsque l'échec est motivé par des raisons commerciales. Cette quotité peut être portée à 80 % lorsque le marché prospecté est brutalement fermé pour des raisons politiques. Les frais couverts concernent notamment les études de marché, les déplacements à l'étranger, les frais de démonstration et de publicité, les frais d'études d'adaptation du produit à l'étranger, l'entretien de représentants salariés, et les études préalables de projets industriels. La garantie porte en principe sur un programme d'ensemble, mais exceptionnellement pour les fournitures d'ensemble clés en main, la garantie d'un objectif commercial isolé peut être fournie.

Les recettes prises en considération pour apprécier le succès de l'opération sont établies d'après les ventes réalisées ainsi que d'après le montant des redevances découlant de la cession de droits de propriété industrielle. La C.O.F.A.C.E. peut résilier le contrat si un chiffre d'affaire minimum n'est pas atteint et l'assuré de son côté peut obtenir mainlevée de la garantie s'il estime après un exercice positif que le risque a disparu. Il cesse alors de payer les primes.

(1) Ces deux polices ne sont pas applicables aux exportations dans la C.E.E. et dans la zone Franc, car elles ont été considérées comme des soutiens déguisés aux exportateurs et contraires aux règles communautaires (Dangeard et Pontet op cité p. 64).

(2) Voir C.O.F.A.C.E. brochure sur l'assurance prospection et sur l'assurance foire.

L'assuré est en effet tenu de payer deux primes. La première dite prime sur le risque est d'environ 3 % de la fraction garantie des dépenses réellement engagées. La seconde, dite prime sur les recettes correspond à un pourcentage (de 1 à 6 %) des recettes prises en considération pour déterminer l'amortissement des dépenses de prospection.

Cette assurance assez coûteuse permet de limiter les risques importants nés d'une campagne de prospection. Elle est complétée par l'assurance foire qui n'assure qu'une opération isolée.

b) L'assurance foire.

860. Cette assurance couvre 50 % des dépenses effectuées dans le cadre d'un certain nombre de manifestations commerciales dont la liste est dressée par le M.O.C.I. Les dépenses couvertes sont notamment la location de stands, les voyages et les assurances liées à la manifestation, le séjour des délégués et la publicité effectuée.

Dès la fin de la foire, la C.O.F.A.C.E. verse à l'assuré une indemnité provisionnelle de 50 % des dépenses engagées. Au bout d'une période d'un ou deux ans, l'assuré doit rembourser cette indemnité, proportionnellement au nombre des opérations effectuées pendant la période considérée.

Deux primes doivent en outre être payées. La première, appelée prime sur le risque est perçue lors de la signature de la police et est égale à 2 % du montant des dépenses couvertes. La seconde, dite prime sur les recettes est de 3 à 5 % du montant des opérations réalisées par l'assuré. Le paiement n'en est plus dû lorsque les deux primes atteignent 50 % de l'indemnité provisionnelle.

Cette dernière garantie est à l'évidence plus qu'une assurance. Elle fournit à l'assuré des moyens de trésorerie et constitue un véritable procédé de financement (1). Cette police témoigne par là même de l'importance des services. Dans la phase ultérieure de l'exportation, le rôle joué par la vente des services a aussi conduit la C.O.F.A.C.E. à mettre au point une garantie des prestations de services. L'exportation de services est à priori plus rentable que l'exportation de biens. Elle n'entraîne pas pour le pays exportateur de perte de substance. L'Etat favorise donc cette forme d'exportation dont la garantie est toutefois délicate.

B. L'assurance crédit de la "vente" de services (2).

861. Les polices "prestations de services" s'appliquent essentiellement aux services aux entreprises et particulièrement aux prestations d'assistance technique, d'ingenierie et de communication de savoir faire. L'exportation de matière grise présente en effet un intérêt considérable non seulement en raison de sa valeur propre, mais aussi en raison de sa fonction de multiplication des exportations matérielles (3).

862. Très souvent, la valeur des prestations de services s'incorporent dans un devis global. Il en est ainsi par exemple dans la fourniture d'un ensemble clés en main. Dans ce cas, les conditions de paiement et de garantie peuvent être identiques pour les services et les biens matériels, en raison de l'impossibilité qu'il y a à distinguer la partie du prix se rapportant à des services et celle se rapportant à des matériels.

(1) Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque, op cité nº 52.
(2) Les lignes qui suivent sont pour l'essentiel tirées du Bulletin de la C.O.F.A.C.E., Assexport, juin 1971 art.p.1 et ss.
(3) Voir sur ce point M.O.C.I. nº spécial précité p. 213 et ss.

La police COFACE spécifique des prestations de services ne s'applique naturellement pas à cette situation. Elle ne joue que lorsque les prestations de service ou les opérations sur des biens incorporels font l'objet de contrats séparés.

Une distinction immédiate s'impose entre d'une part l'ingenierie et l'assistance technique et d'autre part la communication de Know-How qui est assimilée par la COFACE une propriété incorporelle et qui obéit au même régime que les opérations sur les brevets et sur les marques.

a) L'ingenierie et l'assistance technique.

863. Les garanties accordées par la COFACE sont identiques à celles délivrées pour la fourniture de matériels. La garantie du risque de fabrication couvre le dommage subi en raison de l'interruption du marché avant la remise des rapports. En pratique, toutes les dépenses engagées et directement liées à l'exécution du contrat bénéficient de la garantie.

La garantie des risques de non paiement et de non transfert prend effet au fur et à mesure de la remise des factures à l'acheteur et garantit le paiement à l'échéance.

Un problème délicat est celui de la détermination de l'assiette de la garantie. Le prestataire ne peut pas toujours déterminer le prix global du service qu'il "vend". En conséquence, la COFACE accepte de couvrir les contrats "en régie", à condition cependant qu'une estimation forfaitaire, susceptible de réévaluation soit établie au départ.

864. La COFACE estime, en règle générale, que ces contrats doivent donner lieu à des paiements comptant. Cependant, elle accepte de garantir certains marchés comportant des délais de paiement étalés sur deux ou trois ans et pouvant même atteindre exceptionnellement cinq ans. La garantie n'est accordée que si les crédits se limitent à la part rapatriable des contrats, et si un minimum d'acompte de 15 à 20 % sur cette part est exigé. Le point de départ du crédit est la date de la fin de la prestation, c'est-à-dire du rapport final de l'ingenieur ou de la dernière prestation d'assistance.

La COFACE, pour garantir ces opérations, adopte souvent la procédure des polices individuelles comportant les mêmes conditions générales que les polices garantissant les fournitures de matériels, les conditions particulières permettant l'adaptation à chaque contrat.

La COFACE a cependant mis au point pourles marchés d'études une police cadre, la police P.C.S. applicable aux contrats exécutables en moins de douze mois et ne comportant que des crédits à court terme. Cette garantie s'applique au risque d'interruption de marché et au risque de crédit sans possibilité de dissociation de ces risques. Elle est conclue pour une durée de deux ans et elle est renouvelable par tacite reconduction.

L'assuré, lors de la souscription, peut demander pour ses contrats conclus avec des acheteurs privés de limiter sa garantie aux risques politique, catastrophique et de non transfert, ou de l'étendre aussi au risque commercial. Pour les contrats conclus avec des acheteurs publics, l'assuré est garanti contre les risques politique, catastrophique et de non transfert et contre la carence de l'acheteur.

La garantie contre les risques politiques concerne les pays choisis par l'assuré lors de la souscription de la police. Ce dernier doit soumettre à la garantie tous ses marchés conclus sur ces pays pendant toute la durée de l'assurance.

Lorsque la garantie du risque commercial d'insolvabilité est prévue, elle est nécessairement globale et porte sur l'ensemble des marchés conclus par l'assuré sur les pays choisis. Ce système ne joue que pour les marchés d'études. Il ne peut être mis en oeuvre pour les communications de savoir-faire.

b) La communication de savoir-faire.

865. Les contrats de communication de savoir-faire s'inspirent des contrats en matière de brevets. Ils peuvent ainsi conférer un droit d'utilisation permanente, rémunéré par un prix forfaitaire, ou au contraire, ne transmettre qu'un droit d'usage temporaire rémunéré par des redevances proportionnelles à l'utilisation.

Dans le premier cas, l'opération s'apparente à une cession de brevet dans le deuxième cas elle s'apparente à la concession d'une licence.

La COFACE traite le Know-How comme une propriété industrielle et ne distingue pas entre les contrats de Know-How et les contrats portant sur des droits incorporels reconnus. En revanche, les garanties sont différentes selon qu'il s'agit d'une "cession" ou d'une "licence".

866. Dans le premier cas, l'exécution du contrat par l'exportateur est immédiate et elle se traduit par la remise de documents et éventuellement par des formalités de publicité. La COFACE estime que cette opération n'implique pas de risque de fabrication et elle ne couvre que le risque

de crédit, celui-ci prenant effet dès la remise des documents et non dès le transfert de propriété.

Cette opération peut être comparée à l'achat d'un bien d'équipement, et un crédit à moyen terme est concevable. Lorsque le contrat prévoit une durée de crédit supérieure à cinq ans, la COFACE, en raison du caractère hybride de ces opérations limite sa garantie aux cinq années suivant le commencement des paiements, ce délai pouvant être allongé d'un an au terme de chaque année écoulée sans incident.

Il n'est admis de délai de carence entre l'entrée en vigueur du contrat et le début des versements que si ce délai est justifié par la construction de l'outil industriel, usine ou simplement machine, dont la mise en service est nécessaire pour l'exploitation du droit "cédé". Pour que la garantie puisse être délivrée, il faut que la date de mise en service de cet "outil" ne soit pas laissée à la seule volonté de l'acheteur étranger. Cette condition existe lorsque le soin de la construction et de la mise en service appartiennent à l'industrie française. Mais la COFACE n'admet pas que le manquement du constructeur puisse être considéré comme constituant le fait générateur du sinistre pour le communicant de savoir-faire.

Cette solution se justifie par les liens étroits existant alors entre constructeur et donneur de procédé. En outre, la solution contraire conduirait en pratique à garantir le donneur de procédé contre la défaillance non d'un client étranger mais d'une entreprise française.

En conséquence, la condition imposée par la COFACE n'est remplie réellement que lorsque le contrat de cession prévoit qu'en tout état de cause le paiement sera effectué à partir d'une date butoir, quel que soit l'état d'avancement des travaux.

La garantie est actuellement délivrée par des polices individuelles du type de celles utilisées pour la couverture des opérations payables à moyen terme. Une solution différente est adoptée dans le cas de licence d'un droit de propriété industrielle, ou dans le cas d'une communication "temporaire" de Know-How.

867. La redevance est dans cette hypothèse proportionnelle aux fabrications ou est simplement assimilable à un loyer payé en fonction du temps écoulé. La garantie du risque crédit ne peut donc prendre effet qu'à partir du moment où la dette du client peut être précisée dans son montant et où son échéance est connue. Il faut en outre que ces deux points ne puissent être contestés par le client. En conséquence, la garantie de la COFACE ne peut réellement exister que si l'exportateur s'est réservé un droit de contrôle sur l'assiette de la redevance ou s'il a prévu un minimum de perception sur lequel peut être assise la garantie.

Le crédit pour ces contrats, ne peut être qu'un crédit à court terme et revolving puisque la dette du client naît au fur et à mesure de la production ou du temps qui passe. Les redevances ne peuvent donc être assimilées à un investissement et elles sont justiciables au maximum d'un crédit de quatre vingt dix jours après facturation.

Dans ce cas, la COFACE peut couvrir le risque de crédit selon la technique "revolving" pour un exercice donné, la garantie étant renouvelée ou résiliée à l'expiration de cet exercice.

868. L'assurance crédit à l'exportation en matière de services est donc calquée sur l'assurance des biens matériels. Le souci d'adaptation aux spécificités des services apparaît cependant de manière remarquable. Cet effort concerne essentiellement les services aux entreprises, qui sont les seuls à être réellement exportés. Dans ce secteur, les services de pointe et l'industrie de la matière grise, font l'objet d'une attention particulière des pouvoirs publics (1). Cette attention se manifeste aussi dans le souci de l'Etat de favoriser leur développement par l'octroi de commandes publiques importantes.

SECTION II. LES MARCHES PUBLICS DE SERVICES.

869. Ces marchés sont des éléments essentiels de mise en oeuvre des politiques économiques dans les pays d'économie libérale. Ils permettent d'abord, bien évidemment, de satisfaire les besoins de l'administration en biens ou en services. Ils constituent ensuite une technique d'orientation et de soutien de l'activité privée (2). Cette nouvelle fonction conduit les pouvoirs publics à mettre au point des structures destinées autant à aider les entreprises qu'à préserver les intérêts de l'Etat-client (3). La spécialisation des marchés publics et la création de marchés publics de services participent à cette tendance (4).

---

(1) Voir rapport du Comité d'Ingénierie, précité p. 42 et ss.
(2) J.K. Galbraith, le nouvel état industriel op cité p. 313 et ss. ; comp., la garantie des commandes publiques accordées par l'Etat à la Société Honeywell Bull, dans le cadre de la réorganisation du marché informatique en France. Le Monde du 23 octobre 1975.
(3) Comp. P. Huvelin, les marchés d'études et de recherche passés par les administrations publiques, in les aspects juridiques de la recherche scientifique, op cité p. 150 et ss.
(4) Voir rapport des commissions du VIº plan, précité. Comité recherche p. 113 et ss. et comité ingenierie p. 48 et ss.

Ces marchés, si l'on excepte les marchés de transports qui débordent du cadre de cette étude, sont essentiellement les marchés d'études régis par un décret du 13 mars 1956 et par un décret du 3 août 1964 (1). Il faut cependant faire une place particulière à une variété de ces marchés, les marchés d'ingénierie régis par un décret du 28 février 1973 et par un [illegible].

§ I. Les marchés d'études et de définition.

870. La spécificité de ces contrats administratifs tient à leur objet, la recherche, et aux difficultés qui en découlent dans la détermination des obligations des parties. La réglementation de ces marchés répond en conséquence à un triple objectif : favoriser le développement des études préalables nécessaires pour éviter que l'administration ne se lance dans des opérations aventureuses, permettre l'émulation des entreprises dans un secteur important, celui de la recherche appliquée et fondamentale, assurer enfin la [illegible] des opérations administratives et financières. Ces marchés permettent en effet de rémunérer des études souvent coûteuses, sans que leur financement soit confondu avec les opérations de fabrication (3).

(1) [illegible] marchés d'études et de définition Rev. [illegible] d'études et de prototypes, Act. jur. dr. adm. [illegible] Huvelin, les marchés d'études et de recherches passés par les administrations publiques, art. précité. A l'heure actuelle, les marchés d'études préalables à une opération d'ingénierie ou d'architecture sont régis au moins partiellement par le décret 73.207 du [illegible].

(2) Marchés [illegible] d'architecture doc. fse. 1973 tome 1 et 2. adde J.J. Delpierre et [illegible], L'application de la réforme de 1973 sur les marchés publics d'ingénierie et d'architecture. Act. jur. prop. imm. 1975.706. M.F. Mialon, Actualité des contrats de conseil R.T.D.Civ. 1976.297.

(3) Il semble cependant que la pratique inverse ne soit pas totalement abandonnée. En 1973, environ 500 millions de francs d'études libres ont été en réalité financées à l'occasion de marchés de fournitures (renseignements fournis par la D.G.A.S.T. le 3 mars 1975).

Ces contrats sont en principe soumis aux règles générales des marchés publics, mais ils comportent d'assez nombreuses particularité qui apparaissent dès leur passation et se concrétisent lors de la détermination du sort des résultats.

A. La passation des marchés d'études et de définition.

871. La spécificité de l'objet de ces contrats a une incidence directe sur la procédure de passation.

a) L'Objet.

872. L'objet de ces marchés est de dissocier la phase intellectuelle d'étude de la phase de fabrication. Cette méthode permet ainsi d'atténuer l'effet des aléas inhérents à l'étude et d'inciter les entreprises à développer leurs recherches dans les directions choisies par l'administration (1). Il peut arriver que le domaine des études à effectuer soit lui-même imprécis. L'administration peut alors conclure un marché de définition qui a pour objet "de préciser les buts et les performances à atteindre, définir les idées directrices de l'étude ultérieure, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en oeuvre, établir enfin le prix total de l'étude"(2).

Ces activités de recherche supposent l'existence de relations étroites et permanentes entre le donneur d'ordres et le prestataire. Cet intuitus personae se retrouve dans la procédure d'établissement du marché.

(1) P. Huvelin, art. précité p. 157.
(2) A. Homont, art. précité p. 38.

b) La procédure.

873. L'administration doit, dans la mesure du possible, mettre en compétition les entreprises intéressées, mais la procédure d'adjudication est exclue en raison de son automatisme. Dans [illegible] marchés, la compétence technique, le know-how, les solutions proposées sont des éléments de choix plus pertinents que le simple niveau des prix. Le caractère incitatif de ces opérations s'accorde mal en outre avec les règles de l'adjudication. Le but de l'opération n'est pas d'obtenir le meilleur prix, il est souvent [illegible] privilégier [illegible], [illegible] ou même une entreprise.

En conséquence, le recours à l'appel d'offres, plus souple est recommandé en matière de marchés d'études, car il permet d'assurer une certaine émulation. Cette procédure n'est cependant pas la plus utilisée. Le marché de gré à gré trouve ici, et particulièrement dans les marchés de définition, un domaine d'élection. Le recours à cette formule est cependant exclu en une hypothèse. Lorsque des marchés de définition ont été conclus, le marché d'études doit être attribué au titulaire du marché de définition dont la solution a été retenue. - La liberté, ainsi reconnue dans l'établissement du marché ne doit cependant pas conduire à l'établissement de prix abusifs.

c) Le prix [illegible]

874. La première préoccupation des rédacteurs des textes a été de dissocier nettement la phase intellectuelle de la phase de fabrication. En conséquence, la rémunération de l'entreprise pour l'étude doit être complète. En outre, elle ne peut pas comporter de clauses de paiement différé ou par annuité.

---

1 [illegible] ns d'ingénierie connais- [illegible] particularismes notables [illegible]

Les marchés de définition doivent être conclus pour un prix forfaitaire non révisable. La solution est en revanche plus souple pour les marchés d'études. Le forfait, recommandé, peut être global ou découpé en tranches successives. Les marchés peuvent aussi être passés "en dépenses contrôlées" ou à prix provisoire. L'administration peut alors interrompre le contrat s'il se révèle trop coûteux. Ces dernières solutions limitent les risques financiers des prestataires, mais elles leur laissent très peu d'initiatives car ils sont soumis étroitement aux directives et aux contrôles de l'administration (1). Ces procédés semblent donc mieux convenir au rôle de l'Etat client, qu'à celui de l'Etat promoteur.

Il n'en n'est pas de même de la modalité qui prévoit la rémunération de l'étude indepandamment de son succès. Cette solution , adaptée aux hypothèses où le succès technologique et la rentabilité sont aléatoires, permettent de réaliser un partage du financement entre l'Etat et le chercheur.

Les entreprises considèrent cependant que les pouvoirs publics se réservent trop de droits notamment dans la répartition des résultats (2).

B. Les résultats de la recherche.

875. L'Etat acquiert de plein droit la propriété de l'étude. Il peut l'utiliser pour ses besoins propres ainsi que pour ceux des organismes publics désignés dans le marché.

---

(1). J. Daumard, art. précité p. 335
(2) P. Huvelin, art. précité p. 156.

Le contrat doit en revanche prévoir expressément les droits reconnus au prestataire sur l'étude. Ces droits sont peu importants lorsque la recherche a été effectuée par une société d'études. Ils se limitent alors souvent à la consultation de l'auteur lors de la passation des marchés de fabrication. Ces droits sont beaucoup plus importants en revanche lorsque l'auteur est une entreprise industrielle. Une priorité est souvent accordée au prestataire sur les réalisations à venir.

L'Etat n'est pas titulaire des droits de propriété industrielle, qui sont, sauf clause contraire, pris normalement par le titulaire du marché. Ce dernier peut donc les céder ou les concéder à des tiers, ainsi qu'assurer personnellement le développement des procédés découverts.

876. Il est certain qu'en ce domaine, l'intérêt public et les intérêts privés s'opposent fréquemment (1). Les industriels veulent en effet limiter les droits de l'Etat sur les marchés de fabrication à venir. Ces contradictions apparaissent essentiellement lorsque l'Etat agit comme un client ordinaire désireux de prolonger les contrats d'études par des marchés de fournitures importants. La situation est moins délicate lorsque le marché d'études est essentiellement destiné à financer la recherche privée et lorsque l'Etat n'entend pas exploiter personnellement les résultats de l'étude (2).

---

(1) Pour un plaidoyer en faveur des droits des entreprises privées, voir P. Huvelin, art. précité p. 159 et ss.

(2) P. Huvelin, art. précité p. 161 et ss.

Il est possible cependant de se demander si ces pratiques ne constituent pas un détournement du rôle de ces contrats, entraînant un abandon par l'Etat des prérogatives de droit public (1). L'inadaptation de certaines règles administratives facilite sans doute ces comportements. Il est certain cependant qu'un souci de modernisation et d'adaptation des procédures de droit public se développe. La création des marchés d'ingenierie en est un exemple remarquable.

§ II. Les marchés d'ingenierie.

877. Le décret du 28 février 1973 et l'arrêté du 29 juin 1973 (2) règlementant ces marchés, ont cherché à préciser les rôles et les fonctions des divers participants afin de faire face à la complexité croissante des opérations d'ingenierie.

Les textes cependant ne définissent pas la notion d'ingenierie. Il peut en résulter un certain nombre d'incertitude ainsi que des problèmes de frontières. Il sera en particulier parfois délicat de distinguer le marché d'ingenierie du marché d'études réglementé par les décrets de 1956 et 1962. L'opération d'ingenierie consiste normalement dans la réalisation d'une étude déterminant les meilleures conditions de réalisation d'un

(1) ce phénomène peut être rapproché de la constitution d'associations de droit privé dirigées par des fonctionnaires, financées par des fonds publics, afin d'échapper aux contraintes des règles administratives et de pouvoir collaborer étroitement avec le secteur privé en matière de recherche. Sur ces questions, voir Favoreu, les conventions de recherche art. précité p. 457. R. Drago, V. Goyard, les démembrements de l'administration, in Traité de Science administrative p. 253 et ss. adde les critiques de la Cour des Comptes (rapport 1960.61.p. 47) et du Conseil d'Etat (rapport sur la réforme des établissements publics 1971 p. 46 et ss.).

(2) Marchés publics d'ingenierie et d'architecture op cité, Delpierre et Vandaele art. précité.

ouvrage immobilier, industriel ou de gestion (1) ou dans l'assistance apportée lors de la réalisation de l'ouvrage lui-même (2).

Au contraire, l'activité de recherche, domaine privilégié des marchés d'études et de définition, implique l'existence d'un aléa sur la possibilité d'obtenir un résultat industriel et une indétermination au moins relative sur les caractéristiques de ce résultat. Le marché d'études et de définition se situe donc normalement en amont du marché d'ingenierie. Il ne permet pas à lui seul de passer directement à la phase de réalisation matérielle.

La difficulté tient à ce que les études préalables aux opérations d'ingenierie doivent être réalisées selon les règles applicables à ces marchés (3). Il semble donc que toutes les études nécessaires à la réalisation de marchés de travaux doivent être régis par les textes de 1973. Il faut en outre noter que ce régime n'est pas toujours exclusif du régime traditionnel des marchés d'études. Dans la mesure où ces derniers textes ne sont pas en contradiction avec les textes de 1973, ils doivent recevoir application.

Les marchés d'ingenierie peuvent donc être considérés comme une variété de marchés d'études (4).

---

(1) Article 2.2. de l'arrêté du 29 juin 1973. adde marchés publics d'ingenierie op cité, t.2 p. 20.
(2) article 1 du décret du 28 février 1973 précité.
(3) article 1 du décret du 28 février 1973, précité.
(4) Il semble cependant certain que les textes de 1973 ne s'appliqueront pas à tous les marchés d'études, notamment lorsque les études porteront sur la recherche fondamentale ou ne donneront pas lieu à la conclusion d'un marché de travaux. Une certaine orientation semble donc se dégager de cette dualité de textes. Le marché d'études stricto-sensu, serait réservé aux opérations où l'Etat est client. Il faut noter en outre que les règles applicables aux marchés d'ingenierie ne s'imposent pas aux établissements publics à caractere industriel et commercial.

878. La règlementation antérieure posait le principe d'une rémunération proportionnelle au coût des ouvrages réalisés. La réforme de 1973 tend au contraire à définir la rémunération de l'ingénieur, à priori, en fonction d'un "coût d'objectif" sur lequel s'engage le concepteur. Si ce coût d'objectif est atteint, la rémunération prévue est entièrement due. Si ce coût est dépassé, la rémunération est réduite proportionnellement au dépassement. La recherche du juste prix est ainsi assurée par l'incitation à respecter les termes du contrat ainsi que par une connaissance à fortiori du coût réel de l'opération, et non par une mise en concurrence souvent artificielle.

Cette réforme a aussi pour objet de développer les études préalables à la réalisation d'investissements publics (1) et elle répond à cet égard à une préoccupation des professions de l'ingenierie qui demandaient l'augmentation des commandes publiques afin de développer leurs activités (2). Pour réaliser ces objectifs, le décret et l'arrêté ont cherché à mieux définir le contenu des missions et ont profondément modifié les règles de détermination du prix.

a) Le contenu des missions.

879. Le décret distingue entre les missions complètes et les missions partielles qui devraient être l'exception. Est dite mission complète "toute mission de concours à la réalisation d'ouvrages définis dont le contenu est suffisant pour mettre le prestataire en mesure de s'engager sur un coût prévisionnel de réalisation des ouvrages" (article 3 du décret). Les missions ne répondant pas à ces caractères constituent naturellement les missions partielles.

(1) marchés publics d'ingenierie et l'architecture op cité t. 2. p. 15.
(2) Rapport du Comité ingenierie précité p. 49.

Les missions complètes sont réparties en six catégories selon leur importance. Ces opérations à l'exception de celles concernant les missions de gestion, sont normalisées selon un système assez complexe permettant ainsi une détermination objective de la rémunération du concepteur.

Les missions complètes ne peuvent être mises en oeuvre que dans le cadre d'une opération d'investissement (1) au stade de la réalisation des ouvrages. Les missions partielles peuvent être mises en oeuvre dans le cadre d'une opération d'investissement au stade de la définition des ouvrages, et à celui de la réalisation lorsque la maîtrise d'oeuvre est confiée à un concepteur public.

Les missions partielles sont aussi mises en oeuvre dans le cadre des opérations de [illegible].

Les intérêts de ces distinctions concernent essentiellement le mode de fixation de la rémunération du prestataire.

b) Le [illegible].

850. Tout concepteur titulaire d'un marché portant sur une mission complète s'engage à proposer un coût d'objectif définitif (2) comprenant : la

(1) Les opérations d'investissement s'opposent à celles de fonctionnement, et elles ont pour objet de produire de nouveaux équipements et non de gérer le patrimoine existant (Marchés publics d'ingénierie et d'architecture, op. cité p. 20).

(2) Dans certaines hypothèses, ce système peut être remplacé par un coût d'objectif provisoire, sous réserve de prévoir les modalités de son [illegible] coût d'objectif définitif (art. 4, IV du décret de [illegible]).

rémunération initiale de la mission fixée de manière forfaitaire (1) et l'estimation prévisionnelle de toutes les prestations nécessaires pour mener à terme la réalisation de l'ouvrage.

La rémunération finale dépend du respect de ce coût d'objectif La sous estimation ou la surestimation de ce coût entraîne une diminution de la rémunération (2). Le pourcentage de diminution est plus élevé dans le cas de dépassement de prix que dans celui de sur-estimation (3).

Les missions partielles peuvent être rémunérées forfaitairement ou en dépenses contrôlées. Dans ce cas, la marge bénéficiaire est fixée forfaitairement. Les deux techniques peuvent aussi être cumulées (4).

880 bis. Ces modifications de règles traditionnelles sont une conséquence du développement considérable des services. Des phénomènes comparables apparaissent en matière de fiscalité.

---

(1) Dans les missions normalisées, cette rémunération est calculée sur des bases objectives, dépendant de l'importance des ouvrages à réaliser et de la complexité de leur réalisation. Ces éléments sont définis dans l'arrêté du 28 juin 1973 et dans ses annexes (marchés publics d'ingenierie et d'architecture, op cité, t. 1.)
(2) Une marge de tolérance est cependant fixée. Elle fait l'objet dans les marchés normalisés d'un mode de calcul complexe (marchés publics d'ingenierie et d'architecture op cité t.2 p. 30).
(3) art. 6 du décret de 1973.
(4) art. 10 du décret de 1973.

SECTION III. LA FISCALITE DES SERVICES.

881. Il n'existe pas de fiscalité spécifique aux services. Produits et services connaissent en principe un régime fiscal identique (1). Le seul impôt réservé aux services, la taxe sur les prestations de services a en effet été supprimée le 1er janvier 1968 (2).

Cette unité n'est cependant qu'apparente. La notion de service est souvent employée, mais elle sert surtout non pour unifier l'imposition des diverses activités, mais pour les distinguer (3). En outre, observons surtout que le service ne fait l'objet d'aucune définition dans le Code Général des Impôts.

Il en était de même à l'époque où existait la taxe sur les services. Toutes les opérations qui n'étaient pas des ventes étaient considérées comme des services, mais tous les services n'étaient pas soumis à la taxe. Il en était ainsi notamment des services fournis par les artisans. Inversement, certaines ventes étaient soumises à la T.P.S., telles les activités des marchands de biens ainsi que les affaires portant sur les objets de collection (4).

---

(1) R. Savatier, La vente de services, D.1971. ch. 223 nº 2.

(2) Il est remarquable de constater à cet égard que la seule législation spécifique aux services a disparu au moment même où les services prenaient une importance considérable.

(3) Cette distinction apparaît fréquemment dans les taux d'imposition (article 279 du C.G.I.) ou dans la fixation de plafonds d'imposition (art.4.IV de la loi du 29 juillet 1975 instituant la taxe professionnelle par exemple).

(4) A. Turq, La fiscalité de l'entreprise. Sirey 1975. 3º ed. nº 650.

Le droit fiscal appréhende ainsi la notion de services de manière très pragmatique. Une remarque de portée générale peut cependant être émise. Le mot de service n'est utilisé qu'à propos d'activités professionnelles. Il est donc possible de dire qu'à priori, tout contrat professionnel à titre onéreux, ne s'analysant pas en une vente de bien corporel est un service au sens du droit fiscal.

Mais la fiscalité des services ne se limite pas aux quelques hypothèses cantonnées essentiellement au domaine des taxes sur le chiffre d'affaires où les textes utilisent le mot de services. Des régimes particuliers propres à certaines catégories de services apparaissent fréquemment.

Cette fiscalité intéresse essentiellement les entreprises prestataires de services. Mais le recours aux services modifie dans d'autres hypothèses la situation fiscale du bénéficiaire.

Sous-section.I. La fiscalité des entreprises prestataires de services.

882. La fiscalité indirecte qui porte sur les prestations est sans doute la plus marquée par l'existence des services. Il n'en demeure pas moins que la fourniture des services a parfois une incidence sur la forme même de l'entreprise et donc sur la fiscalité directe.

§ I. La fiscalité directe des services.

882 bis. Les règles propres aux services concernent surtout l'imposition des bénéfices (A). Certains autres impôts directs peuvent cependant comporter parfois des règles originales. On examinera donc ensuite le cas des autres impôts directs (B).

A. L'imposition des bénéfices.

883. Avant de déterminer quels sont les bénéfices imposables, il importe de mieux cerner le domaine d'application de cette imposition.

I. Le domaine d'application de l'imposition.

884. Les entreprises individuelles ou celles qui leur sont assimilées, ne connaissent pas, on le sait, les mêmes règles que les sociétés normalement soumises à l'impôt sur les sociétés.

a) Les entreprises individuelles et assimilées.

885. Certains prestataires de services sont soumis à l'imposition des bénéfices non commerciaux. Il s'agit essentiellement des membres des professions libérales exerçant leur activité individuellement ainsi que les titulaires d'offices n'ayant pas la qualité de commerçant.

Les conseils juridiques lorsqu'ils n'effectuent pas d'actes d'entremise à titre principal rentrent naturellement dans cette catégorie (1). Il en est de même de l'inventeur occasionnel mettant au point un savoir-faire et le cédant à des tiers.

Si cette cession a lieu dans le cadre d'un contrat de know-how pur, tous les bénéfices sont imposables. Un régime particulier de déduction des frais est cependant applicable, permettant un abattement de 30 % sur "les produits d'exploitation ou sur le prix de vente". Dans le cadre d'un contrat de know-how mixte, l'administration applique un régime fiscal unique qui est celui applicable au transfert du droit essentiel.

---

(1) A. Turq, op. cit. n° [illegible] et ss.

Si le know-how n'est que l'accessoire d'un brevet, il bénéficiera ainsi du régime de faveur de la cession de brevet. Aucune imposition ne frappera les bénéfices réalisés par le cédant.

886. Certaines sociétés connaissent un régime particulier et ne sont pas imposées à l'impôt sur les sociétés. Les S.I.C.A.V. (1), par exemple, sont exonérées de cet impôt non seulement en ce qui concerne les produits des valeurs mobilières encaissées, mais aussi en ce qui concerne les plus values réalisées à l'occasion de la cession de titres. Ce régime permet ainsi aux associés qui ne participent à ces sociétés que pour bénéficier de ses services d'être dans la même situation que l'épargnant gérant lui-même ses titres (2).

Les sociétés civiles professionnelles sont aussi considérées comme des sociétés de personnes et échappent, en conséquence, à l'impôt sur les sociétés. Les associés sont directement imposables à raison de la part de bénéfices qui leur reviennent (3). Les plus-values relatives aux apports de clientèle ou d'éléments d'actifs nécessaires à l'exercice de leur profession, et effectués par les associés bénéficient d'un sursis d'imposition de dix ans (4).

887. Les prestataires de services, commerçants ou artisans exerçant individuellement ou dans le cadre d'une société de personnes sont soumis à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. Ces sociétés de personnes doivent être assimilées les sociétés civiles de moyens (5).

---

(1) Les S.I.C.A.V. sont en effet essentiellement des sociétés de gestion de titres. Voir supra nº 689 et ss.

(2) Cozian, La fiscalité des entreprises, Lib. tech. Coll. droit et gestion 1975.3º édition nº 465 et ss.

(3) P. Puyraveau, le régime fiscal des sociétés civiles professionnelles in, l'exercice en groupe des professions libérales. Lib. tech. 1974. p. 59 et ss.

(4) article 7 de la loi de finances rectificative pour 1975, loi du 27 décembre 1975 J.O. du 28 décembre.

(5) Cozian, op cité nº 329 bis ; Puyraveau, la fiscalité directe des sociétés civiles de moyens in l'exercice en groupe des professions libérales op cité p. 135 et ss.

Le bénéfice est déterminé au niveau de la société et les associés sont passibles de l'impôt sur le revenu dans la catégorie des B.T.C. pour leur part de bénéfices (1). En outre, les associés étant clients de la société, ils peuvent déduire de leurs bénéfices les charges qu'ils ont supportées pour la rémunération des services rendus par la Société.

Les prestataires de services sont soumis à quelques particularismes dans l'évaluation du bénéfice imposable. L'évaluation forfaitaire n'est possible que si le chiffre d'affaires de l'entreprise est inférieur à cent cinquante mille francs. Ce plafond est cependant porté à cinq cent mille francs pour les cafés, restaurants et hôtels. En cas d'activité mixte, le bénéfice du forfait est subordonné à une double condition. Le montant global du chiffre d'affaires ne doit pas dépasser cinq cent mille francs et le montant des prestations de services ne doit pas dépasser cent cinquante mille francs (2).

Lorsque le prestataire exerce son activité sous une forme sociale, il est, sauf exceptions citées plus haut soumis à l'impôt sur les sociétés.

b) Les entreprises sociales soumises à l'impôt sur les sociétés.

888. Les sociétés de services relevant de cette catégorie ne sont pas soumises à des règles particulières. Il faut cependant remarquer que la soumission à l'impôt sur les sociétés peut être avantageuse pour certains prestataires comme les sociétés et bureaux d'études, dans la mesure où les associés participent activement au fonctionnement de ce type de société (3).

---

(1) Depuis le 1er janvier 1976, les Sociétés de moyens qui bénéficiaient du régime, dit de transparence fiscale, prévu par l'article 1978 septies du C.G.I. sont soumises au droit commun des sociétés de moyens (article 6 de la loi de finances rectificative pour 1975 ; Loi du 27.12.1975).

(2) Cozian, op. cit. n° 164.

(3) J. Desmythère, cours polycopié de l'Institut d'études politiques 1971. 1972. Fiscalité et vie des entreprises, t. II, p. 136.

Les associés doivent payer l'impôt sur le revenu pour les dividendes qui leur sont distribués, mais ils peuvent aussi être salariés de la société. A concurrence de leurs salaires, ils sont soumis au régime général des salariés. En outre, ils bénéficient à ce titre de la sécurité sociale, des allocations familiales ainsi que de la retraite des cadres. L'administration se réserve cependant le droit de discuter les maxima susceptibles de leur être annuellement alloués à titre de salaires.

Les membres des professions libérales, sauf règles déontologiques contraires, peuvent non seulement cumuler la qualité d'associé et de salarié, mais ils peuvent aussi continuer à conserver un cabinet individuel.

Le choix entre ces diverses formules est étroitement lié à leur incidence fiscale. Il faut noter d'ailleurs que cette incidence ne se limite pas à la fiscalité directe, mais commande aussi dans une large mesure la fiscalité indirecte applicable (1).

Quelle que soit la forme choisie, il importe de déterminer avec précision quels sont les bénéfices imposables.

II. Les bénéfices imposables (2).

889. Des particularités se présentent à cet égard dans le calcul des revenus imposables (a), aussi bien que dans les possibilités de déduction (b).

---

(1) Voir infra nº 898 et ss.
(2) Les considérations qui suivent s'appliquent essentiellement aux bénéfices industriels et commerciaux.

a) Le calcul des revenus imposables.

890. Le régime de certains services est souvent difficile à apprécier. Il en est ainsi notamment des revenus tirés des contrats de communication de savoir-faire (1).

Le Conseil d'Etat a admis dans un arrêt du 10 octobre 1960 que "les connaissances, procédés, inventions, secrets et formules" pouvaient constituer un élément d'actif immobilisé, amortissable (2).

Dans ce cas (3), les revenus qui découlent de la communication bénéficient du régime de faveur (4) prévu par l'article 39 terdecies du Code Général des impôts. Ils sont considérés comme des plus values à long terme. Mais toutes les conditions de l'article 39 terdecies, doivent être respectées. Il doit s'agir d'une "vente", c'est-à-dire d'une communication définitive, ou d'une "licence exclusive". Le know-how doit figurer au bilan comme actif immobilisé depuis au moins deux ans. Enfin, il ne doit pas exister de lien de dépendance entre communiquant et bénéficiaire. Dans ce dernier cas, en effet, une évasion fiscale pourrait être facilement réalisée , le communiquant bénéficiant d'un régime de faveur et le bénéficiaire pouvant déduire de ses bénéfices les redevances qu'il paie.

---

(1) F. Magnin, Know-How et propriété industrielle op cité nº 562 et ss. Ces problèmes ne concernent pas les savoir-faire mis au point par des inventeurs occasionnels (voir supra nº 685).

(2) arrêt cité par Cognet et Kauffmann, Aspects fiscaux du Know-How des cahiers de droit de l'entreprise 1972.1 p. 15.

(3) pour une analyse très critique voir Cognet et Kauffmann, art. précité

(4) ce régime est en revanche beaucoup moins avantageux pour le bénéficiaire. Voir infra nº 926 et ss.

Dans les cas où le Know-How ne peut être considéré comme actif immobilisé (1), le régime de droit commun est applicable. Les produits tirés de la communication de savoir-faire sont considérés comme des profits d'exploitation et sont imposables au titre des bénéfices industriels et commerciaux.

Ce régime de droit commun s'applique aussi depuis le 1er janvier 1976 (2) aux cessions d'actifs immobilisés appartenant à des sociétés de location de matériel d'équipement et qui sont vendus après avoir été loués.

891. Des régimes de faveur sont en revanche accordés pour l'évaluation de certains éléments d'actifs afin d'éviter des doubles impositions. Il en est ainsi pour les sociétés dites de multipropriété ou de pluri-propriété. Les articles 109 et 111 du C.G.I. conduisaient à considérer comme bénéfices distribués les meubles ou immeubles mis gratuitement à la disposition des membres de la société et cela à raison du loyer qui aurait pu être perçu s'ils avaient été donnés en location. L'article 6 de la loi de finances rectificative pour 1975 prévoit que la valeur nette de cet avantage en nature ne sera pas pris en compte pour la détermination du résultat imposable. Cet avantage sera de même exonéré d'impôt entre les mains du bénéficiaire à condition que ce dernier soit une personne physique ou morale soumise à l'impôt sur les bénéfices non commerciaux. Les associés sont ainsi placés dans une situation identique à celle qu'ils auraient s'ils étaient réellement propriétaires du bien.

---

(1) L'immobilisation n'est admissible que si les dépenses d'élaboration ou d'acquisition ont été importantes et si leur valeur peut réellement porter sur une longue période (comp. les solutions proposées par le guide comptable de l'ingenierie pour les investissements intellectuels, op. cité p. 117.

(2) article 3 de la loi de finances pour 1976 (Loi du 30 décembre 1975) qui a créé un alinéa 7, à l'article 39 duo-decies du C.G.I.

Le souci de favoriser certaines activités ou certains investissements explique aussi lesfacultés de déduction ouvertes au contribuable.

b) Les déductions.

892. La loi fiscale admet assez largement la possibilité de réduire des bénéfices les frais engagés à propos de services considérés comme constituant des éléments importants d'une politique industrielle dynamique. Ces déductions concernent surtout lesamortissements et lesprovisions.

Le matériel et l'outillage affectés à la recherche scientifique peuvent être amortis selon le mode dégressif. Ce régime privilégié est aussi applicable aux materiels de manutention et aux installations de stockage et de magasinage. Ces différentes solutions peuvent sans doute bénéficier à d'autres entreprises qu'à des prestataires de services. Il n'en demeure pas moins que lesentreprises de magasinage ou de stockage ainsi que leslaboratoires scientifiques en bénéficieront au premier chef. L'incitation à l'investissement qu'impliquent ces mesures jouent donc d'abord à leur profit. Les entreprises hôtelières bénéficient aussi de ces possibilités pour leurs immeubles et pour leurs matériels.

Les immeubles affectés à la recherche scientifique connaissent un régime particulier tres favorable. Un amortissement exceptionnel égal à 50 % du prix de revient de l'immeuble est pos ible l'année de l'acquisition. La valeur résiduelle est amortie selon le mode linéaire.

893. Certaines sociétés dont l'activité est jugée essentielle, bénéficient de la possibilité de constituer des provisions exceptionnelles. L'article 39 du C.G.I. admet ainsi que lessociétés effectuant des recherches et l'exploitation des hydrocarbures en France ou dans lespays de l'ancienne

communauté peuvent établir des provisions pour reconstitution de gisement (1).

Cette provision déductible est égale à 23,50 % du montant des ventes des produits extraits de leurs gisements dans la limite de 50 % du bénéfice d'exploitation.

Ces provisions doivent en outre dans un délai de cinq ans apres leur constitution être utilisées à des opérations de recherches dans ces mêmes pays ou à des prises de participation dans des sociétés de recherche.

Cette législation de faveur très ponctuelle est liée à l'existence de certaines priorités économiques et politiques. D'autres provisions qui sont aussi justifiées ne peuvent pas bénéficier de la déductibilité fiscale. Il en est ainsi par exemple des provisions pour garantie après vente qui sont destinées à couvrir les charges inhérentes au fonctionnement du service de garantie (2).

De manière générale donc, l'imposition des revenus nés des activités des services ne connaît que des particularités limitées. Il en est de même dans le domaine des autres impôts directs.

B. Les autres impôts directs.

894. Les impôts directs ayant un caractère national ne connaissent pas de différences notables selon qu'ils s'appliquent à des prestataires de services ou d'autres professionnels. Il faut cependant rappeler que les

(1) Voir une analyse très critique de ce système dans le rapport de la commission d'enquête parlementaire sur lessociétés pétrolières en France. doc. fse p. 19 et ss.
(2) Cozian, op cité nº 259.

artisans employant des apprentis sont exonérés de la taxe d'apprentissage Or de nombreux services traditionnels sont en fait fournis par des artisans.

Cette exonération s'applique aussi aux sociétés anonymes ou à responsabilité limitée qui se consacrent à l'enseignement.

895. Les impôts directs locaux connaissent des particularités plus importantes. Les sociétés de services sont soumises à la taxe professionnelle (Loi du 29 juillet 1975) comme elles étaient autrefois soumises à la patente (1 bis). Mais les artisans employant peu d'outillage (1), ne revendant pas en l'état, et n'employant qu'un compagnon en sont exonérés. Il en est de même des chauffeurs de taxis. En outre, les prestataires de services employant moins de trois salariés bénéficient d'une réduction de moitié des bases d'imposition. Certains prestataires de services intellectuels sont enfin exonérés de cet impôt. Il en est ainsi pour lesétablissements d'enseignement qui ont passé une convention avec l'Etat, pour lesartistes, les sage-femmes et lesgardes malades, ainsi que pour lesprofesseurs non salariés. (1 ter).

896. Les services communs à plusieurs entreprises ayant donné lieu à la constit tion d'une personne morale sont soumis à la taxe professionnelle même si le groupement n'agit que comme organe de coordination sans effectuer d'opérations avec ses membres (2). Un régime assez strict s'applique aussi aux chaînes de franchise.

(1 bis) Pour une clinique exploitée dans le cadre d'une association voir C.E. 30 octobre 1975 J.C.P. (CI) 1976.II.12241 concl. Fabre.

(1) Voir pour un teinturier C.E. 9 octobre 1969, dr. fisc. 1970 nº 46-47 com. 1345 concl. Mehl. Pour une laverie automatique Rep. minist. 26787 J.C.P. (CI) 1976.I.5561.

(1 ter) Pour des activités d'enseignement de la danse voir C.E. 3 mars 1976 J.C.P. [illegible].

2) Telle est du moins l'opinion de l'administration (rep. minist. 1er avril 1972. Débats Ass. nat. p. 754) à propos de l'application de la patente à un G.I.E. Cette solution peut être étendue mutatis mutandis à la taxe professionnelle et à toutes lespersonnes morales jouant un rôle de service commun.

La taxe professionnelle est due pour tous les établissements. Or, il est possible de considérer que le dépôt de marchandises du franchiseur dans lesmagasins du franchisé ainsi qu'une étroite dépendance économique suffisent pour faire de l'entreprise de l'adhérent un établissement du franchiseur (1).

897. La taxe professionnelle est dans tous lescas calculée sur deux éléments : la masse salariale et la valeur locative des immeubles et des équipements (2). Or le matériel et l'outillage ne sont pas pris en considération pour lesprestataires de services dont les recettes annuelles n'excèdent pas quatre cent mille francs.

Ces diverses solutions montrent l'absence d'homogénéité de la fiscalité directe des services. La fiscalité indirecte présente à cet égard une unité plus grande.

§ 2. La fiscalité indirecte.

898. Les prestations de services en tant qu'opération des entreprises sont directement soumises aux impôts indirects et notamment aux taxes sur le chiffre d'affaires. Les autres droits indirects, en particulier les droits d'enregistrement intéressent les services de manière plus exceptionnelle.

---

(1) J.C. et G. Teston, Le franchising, op cité 04. comp. pour la qualification de commerçant du franchisé, au regard de la législation de la sécurité sociale supra nº 423 et ss.

(2) Pour les difficultés d'évaluation relatives à certaines activités saisonnières comme les remontées mécaniques voir Rep. min. quest. écrite nº 26952 J.C.P. (CI) 1976.I.5560.

A. Les taxes sur le chiffre d'affaires.

899. Le régime des taxes sur le chiffre d'affaires a connu une longue évolution. Une étape importante a consisté dans la création de la taxe sur les prestations de services, par une loi du 31 décembre 1936. Cet impôt dont les taux étaient de 8,5 % ou de 12 % était perçu cumulativement sur toutes les prestations émanant d'industriels ou de commerçants (1), et notamment sur les activités d'agence d'affaires (2)(3), de banque, d'agence de voyage, d'entreprise de main d'oeuvre (4). Il importait peu que le service fourni par un groupement le soit à ses membres ou à des tiers (5). En revanche, les affaires de spectacles, les transports (6) depuis une loi du 30 avril 1965, et les prestations fournies par les artisans fiscaux y échappaient. Dans le domaine des locations, seules les locations d'immeubles nus échappaient à la T.P.S. Les locations de meubles, les locations en meublé ainsi que la location de locaux spécialement aménagés - boxes pour véhicules, salles de spectacles, stands,

(1) Juris-classeur fiscal fasc. 2100 et ss.
(2) Les seuls intermédiaires du commerce non soumis à la taxe étaient les représentants de commerce (Loi 55.465 du 30 avril 1965).
(3) Voir pour un conseil juridique effectuant des actes de gestion pour ses clients C.E. 9 décembre 1968. Dr. fisc. 1969 nº 29 ; pour une entreprise de gestion de sociétés C.E. 20 décembre 1967 Dr. fisc. 1968 nº 6 com. 244.
(4) Voir pour une entreprise de travail temporaire C.E. 15 mai 1968 Dr. fisc. nº 50 concl. Schmeltz.
(5) Pour une union meunière recouvrant le prix des farines pour le compte de ses membres, voir Juris-classeur fiscal fasc. 2100 et pour une société groupant plusieurs entreprises et surveillant les chantiers, voir C.E. 20 décembre 1967 précité.
(6) Mais ne doit pas être considéré comme transporteur le loueur de matériel utilisé dans des bals forains et qui en assure le transport et le montage : C.E. 6 mars 1974 J.C.P. (C.I.) 1975.IV.4819.

emplacements publicitaires, etc... - y étaient soumis (1). Cet impôt avait donc une portée très générale. Ainsi, par exemple, dans le cadre d'une opération de distribution automatique, il était perçu cumulativement sur la location de l'emplacement, la location de l'appareil et sur les services d'approvisionnement et de maintenance (2).

900. Cette taxe a été supprimée par la loi du 6 janvier 1966, dans un souci de simplification et de neutralité fiscale et elle a été remplacée par l'extension de la T.V.A. Ce changement de mode d'imposition a eu des conséquences importantes sur les services en raison du peu d'homogénéité de ce secteur.

Les services comportant une part importante de main-d'oeuvre se sont vus pénalisés fiscalement puisque ces frais ne permettent pas des possibilités de déduction. Le taux de la T.V.A. étant souvent supérieur à celui de la taxe surles prestations de services, une augmentation générale du prix de ces services en a découlé. Cette hausse a surtout été sensible pour la clientèle non assujettie à la T.V.A. (3). Dans ce cas, l'augmentation de la charge fiscale s'est répercutée de manière définitive et effective sur le client. En revanche, l'augmentation a été neutralisée lorsque le bénéficiaire du service a pu déduire cet impôt, alors qu'il ne pouvait pas le faire lorsque les services étaient soumis à la taxe sur les prestations de services.

---

(1) Voir Juris-classeur fiscal fasc. 2100. comp. les solutions admises en matière de droit pénal économique supra nº 782 et ss.
(2) Instruction ministérielle du 18 novembre 1957.
(3) L'incidence de la taxe est d'autant plus sensible que pour de nombreux services fournis en régie, le contrôle du temps effectivement passé à réaliser la prestation est difficile à effectuer. Les prestataires de services et le fisc bénéficient alors d'une hausse injustifiée du prix.

901. L'extension de la taxe sur la valeur ajoutée n'a cependant pas permis une totale unification des taxes sur le chiffre d'affaires en matière de services. La loi du 6 janvier 1966 a en effet créé un nouvel impôt cumulatif, la taxe sur les activités financières (T.A.F.).

I. La T.V.A.

902. L'extension de la T.V.A. n'a pas supprimé toute difficulté dans la détermination du champ d'application de l'impôt. En outre, certaines particularités apparaissent dans le calcul de la taxe, dans les déductions admises et dans les modalités de paiement.

a) Le champ d'application de la T.V.A. en matière de services.

902 bis. Les limites au domaine d'application de la taxe tiennent essentiellement à la nature des affaires et au principe de territorialité.

1. Les affaires imposables.

903. L'application de la T.V.A. ne dépend ni de la personne du prestataire-professionnel ou particulier, commerçant ou non - au moins en principe, ni de la finalité de l'opération. Les services sont soumis à l'impôt lorsqu'ils présentent un caractère industriel et commercial. Ce principe n'est cependant pas absolu, soit que la considération du prestataire ait une importance, soit que l'appréciation de la nature industrielle et commerciale de la prestation présente des difficultés.

1. La personne du prestataire.

904. Les non commerçants fournissant les services commerciaux sont normalement assujettis à la T.V.A. Il en est ainsi du médecin gérant une clinique

ou du notaire effectuant des opérations relevant de l'agence immobilière (1). Il importe peu que le prestataire soit un individu, une société civile ou une association (2). Dans ce dernier cas, cependant, une exception est apportée lorsque le service est fourni à des prix inférieurs aux prix commerciaux (3). La combinaison du caractère bénévole de l'association et du caractère gratuit de la prestation entraîne l'exonération de la T.V.A.

905. En outre, la qualité de commerçant entraîne parfois la soumission d'une activité civile à la T.V.A. L'arrêt Elsa (4) suivant en cela la solution donnée par la jurisprudence civile (5) a admis que l'exercice d'une profession libérale - il s'agissait en l'espèce d'une activité d'architecture - par une société anonyme conférait aux services fournis le caractère d'une activité industrielle et commerciale (6). Cette solution cependant n'a pas été reprise dans l'hypothèse où l'activité est exercée par une société à responsabilité limitée. Le conseil d'Etat a alors considéré que l'activité demeurait civile dans la mesure où les associés participant à l'activité possèdent au moins 40 % du capital (7).

---

(1) Cozian, op. cité nº 631.
(2) C.E. 30 novembre 1973. Lebon p. 680. Dr. fisc. 1974 nº 16-17. Com. 530 concl. Delmas-Marsalet. Pour une étude complète de cette question voir M. Raffray, La vie associative et la T.V.A. J.C.P. (CI) 1976.II.12207
(3) Voir infra nº 908. Sur les conditions de réalisation d'une gestion désintéressée voir C.E. 4 février 1976. J.C.P. (CI) 1976.I.5429.
(4) C.E. 20 février 1974. Lebon p. 127, Dr. fisc. 1974 nº 24 com. 738 concl. Latournerie. J.C.P. 1975.II.17907 bis, concl. Latournerie, G.P. 6.10 septembre 1974.n.F.J. Picard - dans le même sens à propos d'un bureau d'études C.E. 16 octobre 1974 Dr. fisc. 1975 nº 31 com. 1093 - Rev. Soc. 1975.143.
(5) Voir supra nº 730.
(6) En pratique, lesprofessions libérales dont la clientèle n'est pas soumise à la T.V.A. n'auront plus intérêt à adopter la forme de la société anonyme.
(7) C.E. 5 mars 1975. Dr. fisc. 1975 nº 17 com. 609 concl. Fabre. Rev. Soc. 1975.667 n. Cozian.

Ce retour à la conception jurisprudentielle traditionnelle ne semble pas constituer cependant un second revirement de jurisprudence, mais témoigne simplement d'une volonté de limiter la portée de la jurisprudence Elsa aux prestations fournies par des sociétés anonymes. Telle est du moins l'opinion de l'administration (1). La discrimination réalisée entre ces deux types de sociétés peut étonner (2), même s'il est concevable que la S.A.R.L. ne présuppose pas avec la même force l'utilisation de moyens industriels de nature à transformer les caractères essentiels de la prestation libérale. Mais l'administration a décidé de donner une autre limitation beaucoup moins compréhensible à la jurisprudence Elsa, en ne soumettant pas à la T.V.A. les prestations émanant des autres professions civiles (3). Ainsi les activités libérales dont le caractère personnel est très marqué et qui sont de toutes les activités civiles les moins susceptibles d'industrialisation sont-elles les seules à être considérées comme des activités industrielles et commerciales lorsqu'elles émanent de sociétés anonymes (4). Le seul mérite de cette analyse est d'ordre formel. Le critère d'imposition est de nouveau déterminé par la nature de l'affaire et non en fonction de la personne du prestataire.

B. La nature de l'affaire.

906. Il est parfois difficile de savoir si une affaire est civile ou commerciale. Le droit fiscal applique en principe la théorie de l'accessoire. Ainsi l'acte civil devient-il commercial s'il émane d'un commer-

(1) Rep. quest. écrite 16622.J. J.O. Débats Ass. Nat. 8 octobre 1975. p. 6635.J.C.P. (C.I.) 1975.II.11925 ; inst. minist. du 10 décembre 1975 J.C.P. (C.I.) 1976.IV.4965.

(2) Cozian note précitée.

(3) Rep. à quest. écrite 16522 précitée. Inst. Minist. du 10 décembre 1975 précitée.

(4) Cette mesure ne s'applique cependant pas aux activités d'enseignement du 1e et 2e degré, de l'enseignement supérieur et de l'enseignement agricole ou technique (Inst. minist. du 14 septembre 1976 B.O.D.G.I. 3.A. 15.76. J.C.P.(CI) 1976.I.5598).

çant (1). Les prestations d'ingenierie (2) et plus généralement toutes les activités libérales non réglementées (3) deviennent commerciales lorsque le prestataire a recours à des méthodes de gestion commerciales : spéculation sur le travail d'autrui, publicité avec emploi de démarcheurs ou de représentants, exploitation de plusieurs bureaux interdisant aux exploitants de participer activement aux opérations des différents établissements (4). Cependant l'administration admet en application de l'article 261.5.5º du C.G.I. que les travaux d'études nécessaires à la réalisation d'opérations de construction immobilière et de travaux publics et n'entraînant pas la participation à la réalisation de ces travaux sont toujours des actes libéraux qu'elles que soient les méthodes employees (5). Il en est de même pour les études préalables qui sont réalisées dans le cadre d'un marché public d'ingenierie et qui sont rémunérées sans être retenues (6), ainsi que pour la communication de savoir faire réalisée par l'inventeur (7).

(1) Rappelons que depuis l'arrêt Elsa, cette règle s'applique parfois même dans le cas d'une commercialité formelle. Voir supra nº 905.
(2) Instruction du 13 mars 1974.B.O.D.G.I.3.A.5.74.J.C.P.1974 (C.I.).I.3662.
(3) M. Raffray, Les professions libérales et la T.V.A.J.C.P. 1974 (C.I.).II. 11495. J.C.P.1975.I.2674.
(4) Instruction du 13 mars 1974 précitée - pour les autres professions libérales, voir la jurisprudence citée par M. Raffray art. précité nº 19 et ss. adde instruction ministérielle du 10 décembre 1975. B.O.D. G.I.3.A.24.75. J.C.P. (C.I.) 1976.IV.4965.
(5) Instruction du 13 mars 1974 et du 10 décembre 1975 précités.
(6) Instruction du 13 mars 1974 précitée.
(7) F. Magnin, op cité nº 546 et ss. instruction du 10 décembre 1975. Cette communication est en revanche imposable lorsque la "cession" est effectuée par un tiers (F. Magnin, op. cité nº 548).

907. Inversement, les actes commerciaux émanant de non commerçants deviennent civils. Il faut ainsi admettre qu'un ingénieur peut préparer pour le compte de ses clients les projets de marchés à passer avec les entrepreneurs, veiller au respect des dispositions légales relatives aux travaux, diriger et surveiller ces derniers, fournir enfin les éléments techniques et les autorisations nécessaires à l'exécution des ouvrages sans que ces actes soient imposables à la T.V.A. (1). Cette règle a cependant une portée assez limitée dans la mesure où la théorie de l'accessoire ne joue normalement que lorsque les services commerciaux et non commerciaux sont indissociables. Dans cette hypothèse, la nature des services fournis à titre principal détermine bien la nature civile ou commerciale de l'ensemble des prestations (2). Mais lorsque ces activités peuvent être séparées, la T.V.A. s'applique aux services commerciaux fournis par des non commerçants de manière simplement habituelle (3), les services civils échappant seuls à l'impôt (4). En conséquence, les opérations accomplies par l'ingénieur pour le compte du maître de l'ouvrage, telles que la direction des travaux et les opérations accomplies pour le compte de l'entrepreneur consistant à exercer des activités comparables à celles d'un entrepreneur général sont imposables à la T.V.A. (5).

---

(1) Instruction du 13 mars 1974 précitée.
(2) C.E. 14 novembre 1973 J.C.P. (C.I.) 1975.II.11670. concl. Delmas Marsalet. Il s'agissait d'un conseil juridique effectuant des actes d'entremise.
(3) C.E. 10 février 1971 J.C.P. (C.I.) 1971.I.2369. C.E. 17 février 1971. J.C.P. (C.I.) 1971.I.2171. adde M. Raffray, les professions libérales et la T.V.A. art. précité nº 10 et ss.
(4) Voir pour un laboratoire d'analyses médicales tenu par un pharmacien C.E. 27 juin 1975. J.C.P. C.I. 1975.I.4970.
(5) Instruction du 13 mars 1974 précitée.

908. Toute prestation industrielle ou commerciale fournie par une entreprise, qu'elle soit habituelle ou accidentelle, bénéficiaire ou déficitaire constitue donc une affaire soumise à l'impôt (1). Il faut cependant que cette prestation ne soit pas totalement gratuite (2). Cette condition soulève une difficulté pour les services fournis par un groupement d'entreprises à ses membres. La jurisprudence administrative considère que ces services doivent être soumis à la taxe qu'ils soient fournis à des tiers ou aux membres du groupement. Il en est notamment ainsi lorsqu'un système de participation forfaitaire aux frais exposés par le groupement est établi entre les divers participants. L'exonération n'est admise que si la contribution des participants constitue un remboursement effectif et précis de frais (3). Cette solution a été consacrée par l'article 6.II de la loi de finances rectificative pour 1975 (4). Deux conditions sont posées par ce texte. Il faut qu'il y ait un remboursement correspondant strictement à la part de dépenses communes incombant à chacun et il faut que chaque membre ne soit pas assujetti à la T.V.A. sur plus de 10 % de ses recettes totales.

---

(1) Voir pour un G.I.E. fournissant des services à des agriculteurs. Rep. quest. écrite nº 17420. J.O. Débats Ass. Nat. 10 février 1975 p.4367 J.C.P. (C.I.) 1976.III.12007.

(2) Cozian, op cité nº 622.

(3) C.E. 28 juin 1961 R.T.D. Com. 1962.170. C.E. 28 novembre 1973. R.T.D. com. 1974.179 obs. Blancher. JJ.Philippe Le remboursement de frais au regard de la T.V.A. Dr. fisc. 1974. n.21 p. 7 adde J.R.Kauffmann, rapport fiscal, in Services communs d'entreprises Montpellier 1972 op cité p. 141 et ss. comp. C.E. 3 octobre 1973 Lebon p. 541, Dr. fisc. 1973 n. 47 com. 1650 note Buisson.

(4) Loi du 27 décembre 1975. J.O. du 28 décembre.

909. Pour qu'il y ait affaire soumise à l'imposition, il faut aussi que la prestation soit fournie à un co-contractant et qu'elle ne présente pas, sauf exception, un caractère purement interne (1). Cette condition est naturellement réunie dans une concession commerciale ou dans une franchise et les services fournis par le concédant sont imposables (2).

910. A côté des affaires imposables par nature, il existe des services imposables par détermination de la loi. Il s'agit essentiellement des services fournis à soi-même. Cette imposition n'est prévue que pour éviter des distorsions dans la concurrence. Cette règle présente cependant une grande importance dans la mesure où elle n'existait pas dans le système de la T.P.S. Il en découlait un avantage fiscal important pour les entreprises utilisant des services internes et n'ayant pas recours à des sociétés indépendantes. L'imposition des services à soi-même était donc une condition du développement des sociétés de services.

Un même souci de neutralité fiscale explique les possibilités d'option pour la T.V.A. L'option est en effet intéressante pour tous les prestataires utilisant des fournitures taxées et s'adressant à une clientèle assujettie à la T.V.A. Elle permet de ne pas interrompre la chaîne des déductions (3).

Cette option est ouverte aux professions civiles et notamment aux professions libérales (4). Elle est particulièrement intéressante pour les prestataires s'adressant aux entreprises, et notamment pour les professionnels de l'ingenierie ou de la recherche scientifique.

(1) Sur les services fournis à soi-même, voir infra nº 909.
(2) C.E. 29 mai 1974 Dr. fisc. 1974.1471 concl. Latournerie. Si les services sont fournis par un groupement d'achat, le taux de la taxe est le taux intermédiaire pour les services relatifs à la promotion des ventes à la publicité, et aux conseils de gestion (art. 98. annexe III du C.G.I. et instruction du 7 juin 1972 . B.O.D.G.I.3.C.8.72).
(3) Cozian, op. cit. nº 140 et ss.
(4) M. Raffray, art. precite.

911. Il résulte de cette faculté que peu de secteurs sont nécessairement exclus du champ d'application de la T.V.A. Il n'en est ainsi que pour les opérations soumises à d'autres taxes et notamment à la taxe sur les activités financières. Des problèmes délicats de frontière peuvent alors se poser.

Il ne fait pas de doute par exemple que les sociétés de factoring sont des établissements financiers "ayant essentiellement une activité financière"(1). Il semblerait donc normal que ces activités soient soumises au paiement de la T.A.F. Or, l'administration en a jugé autrement, et prenant en considération les services fournis a décidé de soumettre ces opérations à la T.V.A. (2), lorsqu'elles sont effectuées en France. Au regard de la finalité économique du factoring, cette solution peut paraître aberrante. Elle comporte cependant des justifications juridiques dans la mesure où les services de gestion sont de l'essence de l'opération alors que les prestations financières participent seulement à sa nature (3).

A ces problèmes de frontières intellectuelles s'ajoutent des problèmes de frontières géographiques. Le principe de territorialité limite en effet le champ d'application de la T.V.A.

2. Le principe de territorialité.

912. Les services sont soumis à la T.V.A. lorsqu'ils sont utilisés en France, quel que soit l'endroit où ils ont été fournis (4). Ces critères

(1) Lettre de la Direction générale des impôts du 4 janvier 1968 adressée à une société de factoring.
(2) idem.
(3) voir supra nº 353.
(4) Cozian, op cité nº 660.Voir pour l'installation de matériels chez des acheteurs français par le fabricant, alors que la livraison était réputée avoir lieu dans les établissements du vendeur C.E. 12 juin 1974 J.C.P. C.I. 1975.I.4710.

sont souvent difficiles à préciser (1) en raison notamment de la difficulté qu'il peut y avoir à localiser ces prestations. Ainsi par exemple, la diffusion de publicité par les postes périphériques est-elle soumise à la T.V.A. dans la mesure de l'écoute française (2), alors que les services relatifs à des marchandises destinées à l'exportation ou bénéficiaires de l'admission temporaire (3) ne constituent pas des services utilisés en France. Il en est ainsi pour tous les services portant sur des produits : commission, emballage, entretien, réparation. De même la communication d'un savoir faire destiné à être mis en oeuvre à l'étranger (4) ou les travaux d'études exécutés pour le compte de maisons étrangères (5) ne constituent pas des services utilisés en France (6).

---

(1) Voir pour les services rendus en France pour le compte de sociétés étrangères C.E. 6 novembre 1974. Dr. fisc. 1975 n.27 com. 934. concl. Schmeltz C.E. 12 décembre 1974 Dr. fisc. 1975 n. 14-15 com. 542 concl. Latournerie.

(2) Cozian op cité nº 660.

(3) Voir pour des bateaux de navigation intérieure réparés en France instruction du 7 mai 1975. B.O.D.G.I.3.A.11.75 - J.C.P. (C.I.) 1975.IV.4806. Et pour la location de bateaux de plaisance navigant hors des eaux territoriales Inst. minist. 14 septembre 1976 J.C.P. (CI) 1976. IV.5195.

(4) Magnin op cité nº 549. Il n'en est pas de même semble-t-il si les produits sont fabriqués en France grâce au procédé et ensuite exportés. L'exportateur ne sera pas taxé sur les produits exportés et il pourra récupérer la T.V.A. payée en amont, mais il n'y a à priori aucune raison de ne pas imposer la communication d'un Know-How qui va être entièrement utilisé en France (Voir cependant contra. Cognet et Kauffmann, Aspects fiscaux du Know-How, in cahiers de droit de l'entreprise 1971 nº 1 p. 17 et Magnin op cité nº 549.)

(5) Cozian op cité nº 660.

(6) Depuis une circulaire du 4 mars 1976, il en est de même pour les travaux d'études effectués par des sous-traitants et destinés à être fournis par l'entrepreneur principal à un client installé à l'étranger (Instruction du 4 mars 1976. J.C.P. (C.I.) 1976.I.5215 IV.5062).

913. Le factoring pose à cet égard un problème délicat qui fait ressortir l'ambiguité de la notion "d'utilisation hors de France". Il est admis en règle générale que les services de factoring fournis aux exportateurs constituent des services utilisés hors de France dans la mesure où ils s'incorporent dans des produits qui seront vendus à l'étranger (1). On en déduit par souci de symétrie que les services fournis à l'importation (2) sont utilisés en France.

Or, cette solution ne s'impose pas. Sans doute, l'aspect financier de ce contrat conduit à y voir un financement à court terme de l'importateur, comparable à une opération d'escompte ou de mobilisation de créances nées (3), et il peut sembler étrange à ce titre de songer à exonérer d'impôt le factoring à l'importation. Le problème ne se poserait pas en effet si ces opérations étaient soumises à la T.A.F. Mais l'administration fiscale soumet ces prestations à la T.V.A. prenant ainsi en considération les services de préférence à l'aspect financier. L'appréciation de ces activités au regard de l'exportation doit donc s'opérer avec les mêmes critères.

914. Or, cette gamme de services, gestion comptable, recouvrement de factures, etc... s'exécutent matériellement en France mais est destinée à un client installé à l'étranger. Le factor Français dispense son correspondant étranger de développer cette gamme de services dans son entreprise. Ces prestations sont en conséquence bien utilisées hors de France au sens de l'article 258 du C.G.I.

---

(1) C.N.C.F. Le factoring, op cité p. 51. Ann. minist. Eco. fisc. 23 février 1963 Banque 1963.789. art. 50 quaterdecies. 10º Ann.IV C.G.I.
(2) Il s'agit, en pratique, de factors travaillant pour le compte de factors étrangers, dont les clients exportent des produits en France.
(3) Cavalda et Stoufflet, Droit de la Banque op cité nº 475.

Il est vrai que ces services ne sont "exportés" que pour s'incorporer dans des importations, mais l'article 257.12 du C.G.I. qui prévoit la soumission à la T.V.A. de certaines activités comparables ne peut s'appliquer au factoring. Les dispositions de ce texte concernent en effet les "opérations faites par les personnes qui effectuent des ventes ou des livraisons pour le compte de personnes étrangères quelles que soient leur situation au regard des dispositions de l'article 256 et la dénomination sous laquelle elles interviennent". Il est manifeste que le factor n'effectue ni vente ni livraison. Rien n'interdit donc d'exonérer ce dernier de T.V.A. lorsqu'il travaille à l'importation.

Il n'est cependant pas contestable que cette solution va à l'encontre de l'esprit de la législation fiscale qui ne favorise l'exportation de services que dans la mesure où elle ne permet pas de faciliter des importations.

Cet argument ne suffit probablement pas pour justifier l'imposition d'un factor à l'importation en l'état actuel des textes et tant que l'administration prétend imposer ces entreprises à la T.V.A.

915. Si le factoring à l'importation peut être considéré comme un service utilisé hors de France et être ainsi exonéré de taxe, il ne peut cependant bénéficier du régime privilégié des exportations.

Ce régime ouvrant droit à déduction s'applique en effet à un nombre limitativement énuméré de prestations. Il en est ainsi des services relatifs à l'exportation de biens - commission, manutention, emballage -, ainsi qu'à des opérations de réparation de biens destinés à l'exportation (1). Ces mesures s'appliquent aussi aux locations de

(1) Depuis une instruction ministérielle du 4 mars 1976 (J.C.P.(C.I.), 1976. I.5216.IV.5064) les services portant sur des marchandises exportées et fournies à des exportateurs français, peuvent être acquises par ces derniers en franchise. En revanche les services portant sur des immobilisations, restent soumis à T.V.A.

matériel exporté, aux travaux d'études et de recherches fournis pour le compte de personnes établies à l'étranger, aux communications de Know-How, aux transports et aux services fournis pour les besoins des navires et aéronefs à destination ou en provenance de l'étranger (1). Les autres services utilisés hors de France sont exonérés de T.V.A. mais ne donnent pas droit à déduction et sont exclus du calcul du prorata (2).

La détermination du champ d'application de la T.V.A. pose en définitive d'assez nombreuses difficultés. Le calcul de la taxe soulève des problèmes moins complexes.

b) Le calcul de la T.V.A.

916. Les modalités de calcul propres aux services intéressent surtout le fait générateur et le taux de la taxe.

Le fait générateur en matière de services est en principe l'encaissement du prix (3). Lorsque le paiement est fractionné, la taxe est exigible au moment de chaque encaissement : avance, acompte ou solde. Cet instant se situe en cas de paiement par chèque au jour de la remise du chèque et en cas de paiement par traite au jour de l'échéance.

Les prestataires peuvent cependant opter pour le régime des débits. L'impôt est alors dû au jour de l'inscription de la créance au compte des clients. Cependant, si l'encaissement est antérieur au débit le paiement de la T.V.A. doit être effectué lors de l'encaissement.

(1) Cozian, op cité nº 762 et 766.
(2) idem nº 661
(3) idem nº 669 et 670.

917. Les services sont soumis aux quatre taux de l'impôt (1). Les services hôteliers, la location de terrains de camping agréés, les services de fourniture, d'épuration et d'évacuation d'eau, ainsi que les transports publics de voyageurs sont soumis au taux réduit de 7 %. La fourniture de logement, les ventes à consommer sur place dans les cafés et les restaurants, les services de caractère social et culturel, ceux fournis par les artisans inscrits au registre des métiers ainsi que les prestations de conseil et de publicité fournies par les centrales d'achat sont imposés au taux intermédiaire de 17,6 % (2). Les autres services sont soumis au taux normal de 20 %. (2 bis).

Le régime des déductions ne comporte pas non plus de particularités très marquantes.

c) Les déductions.

918. Les services ouvrent droit à déduction dans les mêmes conditions que les biens, et lorsqu'un bien est exclu du droit à déduction, il en va de même pour les services y afférents (3), tels que les dépenses d'entretien ou de réparation.

Une particularité doit aussi être signalée en raison de son incidence pratique sur la trésorerie des entreprises. Les taxes ne sont déductibles en matière de services que le mois suivant celui du fait générateur. Un décalage apparaît donc entre la récupération de la taxe et son paiement.

---

(1) Cozian nº 678 et ss.
(2) J.C. et G. Teston, op cité 02.
(2 bis) Le projet de loi de finances de 1977 prévoit une réduction du taux normal de la T.V.A. (voir Dispositions fiscales du plan Barre J.C.P. (CI) 1976.I.2573).
(3) Cozian, op. cité nº 704.

d) Le paiement.

919. En matière de services, les entreprises soumises au régime dit du "réel normal" sont celles dont le chiffre d'affaires est supérieur à trois cent mille francs alors que ce chiffre est porté à un million pour les autres entreprises ainsi que pour les hôtels et les restaurants. Les prestataires de services réalisant un chiffre allant de cent cinquante mille à trois cent mille francs sont soumis au régime dit du "réel simplifié", alors que ces chiffres sont respectivement de cinq cent mille francs et d'un million pour les autres entreprises. Enfin, les prestataires dont le chiffre d'affaires est inférieur à cent cinquante mille francs sont soumis au régime du forfait.

Les services dans leur très grande majorité sont donc soumis à la T.V.A. Certains cependant sont passibles d'une autre taxe sur le chiffre d'affaires, la taxe sur les activités financières.

II. La T.A.F.

920. Cette taxe cumulative spéciale, au taux de 17,6 %, créée par la loi du 6 janvier 1966 est due par les banques et par les établissements financiers. Ces entreprises ne peuvent déduire la T.V.A. qui a grevé leurs achats et leurs clients ne peuvent récupérer cette taxe (1). Cet impôt est donc assez lourd, mais son champ d'application est limité. Il concerne les activités exercées par les professionnels du commerce des valeurs et de l'argent, mais les opérations qui ne sont pas des opérations bancaires par nature ou qui ne sont pas réalisées accessoirement à une de ces opérations n'y sont pas soumises. Si les services spécifiquement bancaires comme la location de coffre-fort y sont assujettis, il n'en va pas de même pour les services de conseil et de gestion même fournis par

(1) Cozian, op cité nº 786.

des établissements bancaires. De même le factoring échappe-t-il à la T.A.F.(1).

Les taxes sur le chiffre d'affaires constituent les impôts indirects les plus importants en matière de services. Cependant, ces opérations sont parfois soumises à d'autres impôts indirects et notamment aux droits d'enregistrement.

B. Les droits d'enregistrement (2).

921. Des dispositions éparses s'appliquent à certains contrats de services ainsi qu'aux actes relatifs aux entreprises de services.

a) Les contrats de services.

922. Les contrats de communication de know-how sont soumis à enregistrement obligatoire. Le droit fixe de 60 francs est seul exigé s'il s'agit d'un contrat isolé. Le droit proportionnel de 16,60 % est applicable si la "cession" est concomitante à celle d'un fonds de commerce. Mais il s'agit alors déjà d'une opération relative à l'entreprise.

b) Les opérations relatives aux entreprises de services.

923. Les cessions de clientèle civile sont assimilées à des ventes de fonds de commerce et sont passibles du droit de 16,60 %. Mais la plupart des dispositions propres aux services ont pour but d'alléger la charge fiscale. Ainsi l'acte d'acquisition des immeubles affectés à la recherche scientifique n'est-il frappé que du droit de 4,80 % (3). De même la

(1) Voir supra nº 911.
(2) Turq, op cité nº 684 et ss. Cozian nº 787 et ss.
(3) Cozian, op cité nº 333.

constitution de sociétés de recherches n'effectuant aucune exploitation est soumise au droit fixe de 180 francs. Les apports immobiliers faits à ces sociétés supportent le droit de publicité foncière au taux de 0,60 %. La constitution d'autres sociétés de services est parfois favorisée. Il en est ainsi de la constitution des S.I.C.A.V. qui est soumise au droit fixe de 180 francs. (1)

924. Les régimes fiscaux des services sont donc très variés et ils offrent assez fréquemment des possibilités de choix aux entreprises. Mais, ces options ne dépendent pas seulement de l'incidence fiscale sur le prestataire. Elles doivent tenir compte aussi de leur incidence fiscale sur l'utilisateur des services.

Sous section 2. La fiscalité de l'utilisateur du service.

925. L'utilisateur des services peut être un particulier ou une entreprise.

La situation des particuliers est très facile à caractériser. Le coût des services ne peut être déduit de ses revenus par le bénéficiaire de la prestation qui supporte en outre la charge effective de la taxe sur le chiffre d'affaires incluse dans le prix de la prestation. Il est certain à cet égard que le passage de la T.P.S. à la T.V.A. a entraîné un renchérissement sensible des services (2).

La situation des entreprises utilisatrices est plus complexe. Le recours à une entreprise de services dépendra souvent de l'avantage fiscal retiré par rapport à l'utilisation d'un service interne. Le problème de la neutralité fiscale devient donc essentiel aussi bien en matière de fiscalité directe que de fiscalité indirecte.

---

(1) Cozian, op cité nº 849.
(2) Voir supra nº 899 et ss.

§ 1. La fiscalité directe.

926. La déductibilité des charges correspondant à la fourniture des services externes permet en principe d'assurer cette neutralité. Mais des problèmes particuliers se posent lorsque des entreprises décident de recourir à un service commun.

A. Le recours à une société de services.

927. Le coût des prestations constitue des frais généraux entièrement déductibles du chiffre d'affaires. Il faut cependant que ces frais se rattachent à la gestion de l'entreprise et conduisent à une diminution de l'actif. Il est assez fréquent que l'administration voit des immobilisations là où l'entreprise ne voit que des frais généraux. Il en est ainsi par exemple pour les dépenses d'entretien et de réparation, qui ne sont considérés comme frais déductibles que si elles ont pour objet de maintenir les éléments d'actif en bon état. Les dépenses qui permettent d'augmenter la valeur comptable d'une immobilisation ou de prolonger sa durée d'utilisation (1) sont considérées comme des immobilisations par l'administration. Il en est de même pour l'acquisition d'un savoir-faire, qui est assimilé à une immobilisation lorsqu'il constitue un "ensemble de connaissances, d'inventions de procédés de formules acquis moyennant un prix forfaitaire" (2).

928. En revanche, le financement de certains services bénéficie d'un régime favorable. Les donations et subventions effectuées au profit des sociétés de recherches agréées peuvent être déduites dans la limite de

(1) Cozian, op cité nº 196.
(2) Cognet et Kauffmann, art. précité p. 15.

2 % du chiffre d'affaires. Cette limite est même portée à 3 ‰ si l'on y inclut la déduction de 1 ‰ admise au profit des subventions destinées à des oeuvres d'intérêt général (1).

Ces mesures permettent aussi de favoriser le développement de certaines sociétés dans le cadre d'un groupe, mais d'autres problèmes se posent alors.

B. L'utilisation d'un service commun.

929. Certaines mesures ont pour seul but d'éviter une double imposition. Il en est ainsi des dispositions ne soumettant pas un G.I.E. (2) ou une société de moyens (3) à l'impôt sur les bénéfices et n'imposant que les membres de ces groupements.

D'autres dispositions ont au contraire pour but de favoriser l'adoption de certaines formes juridiques. Il en est ainsi du régime des sociétés conventionnées et de celui des sociétés de recherches. Les sociétés conventionnées (4) sont soumises à l'impôt sur les sociétés, mais les entreprises participantes bénéficient d'avantages non négligeables. Elles sont d'abord autorisées à amortir immédiatement le montant du capital souscrit dans la filiale commune, ce qui revient à exonérer d'impôt les bénéfices réinvestis dans la société conventionnée. Ensuite les plus-values résultant de la cession de parts ou d'actions de la société conventionnée sont exonérées d'impôt à condition que le produit de la cession soit utilisé à l'acquisition de titres de nature comparable et que la plus value soit affectée à l'amortissement des titres acquis en remploi.

(1) Cozian op cité nº 33.
(2) Guyon et Coquereau, Le groupement d'intérêt économique, op cité nº 329 et ss.
(3) Cozian, op cité nº 329 et ss.
(4) Gavalda, une formule méconnue, les sociétés dites conventionnées pour l'adaptation à la C.E.E. D.1969.ch. 259.

Ces mesures n'ont pas eu l'effet espéré (1). Les contraintes imposées ont semblé trop lourdes aux industriels. Il n'en demeure pas moins que l'Etat ne peut pas se désintéresser du fonctionnement des sociétés lorsqu'il accorde des avantages fiscaux. Les sociétés de recherches (2) en témoignent. Les participations au capital de ces sociétés ou organismes peuvent faire l'objet d'un amortissement exceptionnel de 50 % à condition que ces groupements aient été agréés par le ministère des finances et que la cession d'actions ou de parts intervienne plus de trois ans après leur souscription. Les plus-values éventuelles sont exonérées dans la limite de l'amortissement de 50 % antérieurement pratiqué. Ce régime a aussi été étendu aux sociétés financières d'innovation (3). Ces dispositions font ressortir les liens existant entre la fiscalité des prestataires et celle des utilisateurs. Ces liens sont encore plus étroits en matière de fiscalité indirecte.

§ 2. La fiscalité indirecte.

930. Le problème essentiel est ici d'assurer la neutralité de l'impôt afin de ne pas favoriser un mode de fourniture des services sur un autre. C'est pourquoi l'imposition des prestations à soi-même est admise en matière de T.V.A.

Une considération importante qui guide l'utilisateur est la possibilité de déduire la taxe qu'il va payer. Le recours à un prestataire assujetti à la T.V.A. sera souvent avantageux pour le client s'il est lui-même redevable de la taxe et s'il peut donc la récupérer. Le délai d'un mois imposé pour opérer cette déduction peut cependant grever assez lourdement sa trésorerie. Il peut ainsi être incité à avoir recours à un prestataire non imposé. Cette solution sera naturellement très avantageuse pour l'utilisateur des services qui n'est pas personnellement redevable de cet impôt.

(1) Gavalda, art.précité; Ch. Reynaud, Le choix de la formule de groupement, ici les services communs d'entreprises op cité p. 44 et ss.
(2) Cozian op cité nº 337.
(3) Barséghian, le régime juridique et fiscal des sociétés financières d'innovation J.C.P.1975.I.2700.

CONCLUSION

931. L'étude des règles fiscales termine cet examen des règles applicables aux entreprises prestataires de services.

Le législateur fiscal n'a en règle générale considéré les services que comme les éléments d'une réglementation uniforme. La disparition de la taxe sur les prestations de services (T.P.S.) remplacée par un impôt unique la T.V.A. constitue un bon exemple de cette politique. Il peut sembler paradoxal que ce mouvement d'unification aille de pair avec la croissance des activités de services. La contradiction n'est cependant qu'apparente. La T.V.A. est un impôt complexe mal adapté aux secteurs économiques archaïques. La généralisation de la T.V.A. traduit donc en réalité l'industrialisation et la modernisation des entreprises de services.

En outre cette tendance à l'uniformisation de la législation fiscale est freinée par la spécificité des prestations de services. Le contenu ou la portée de nombreuses dispositions générales, s'en trouvent en conséquence modifiés. Les incertitudes créées par la jurisprudence Elsa (1) ou celles qui résultent des solutions admises en matière de factoring (2) le démontrent amplement.

932. Ce phénomène n'est pas propre à la fiscalité. L'ensemble de la réglementation des services oscille entre la nécessité d'une unité du droit applicable, et le besoin de tenir compte de la spécificité de ces activités.

---

(1) Voir supra nº 904 et nº 905.
(2) Voir supra nº 911 et 913 et sa.

La réglementation des prix en fournit des exemples remarquables (1).

Ces particularismes recoupent pour une large part les distinctions qui divisent la notion de services. La réglementation des services aux entreprises ne peut être celle des services aux particuliers. Les dispositions applicables aux marchés publics (2) ou à la réglementation des prix (3) en témoignent. De même les services intellectuels connaissent-ils des dispositions différentes de celles des services matériels (4).

De manière plus générale, l'appréciation du service est nécessairement différente selon qu'il est envisagé comme une activité ou comme une valeur. Le Droit pénal des services (5) ou le Droit fiscal (6) fournissent de nombreux exemples de cette différence d'optique.

933. Ces distinctions sont aussi celles qui ressortent de la pratique des entreprises prestataires de services. Elles permettent une synthèse des règles qui se dégagent des contrats de services (7).

Ce travail a été une tentative pour dresser un inventaire de ces dispositions et surtout pour essayer de les systématiser. Il constitue à ce titre une contribution à l'élaboration d'un droit des services, encore à l'état d'ébauche. Aussi cette étude ne peut-elle offrir une véritable conclusion. La rédaction d'un ouvrage exhaustif, donnant lieu à un exposé dogmatique et méthodique des questions est apparue impossible dès les premières approches de cette étude, en raison de la disparité des activités de services et de l'hétérogénéité des entreprises prestataires de services.

---

(1) Voir supra nº 823 et ss.
(2) Voir supra nº 869 et ss.
(3) Voir par exemple nº 832 et ss.
(4) Voir par exemple en matière de décentralisation supra nº 844 et ss.
(5) Voir supra nº 768 et ss.
(6) Voir supra nº 890 et nº 927.
(7) Voir supra nº 648 et ss.

Ces caractères ont au contraire fait ressortir la nécessité qu'il y avait de tenter une typologie des activités de services, afin d'en dégager ensuite un corps de règles spécifiques. Une telle méthode présentait sans doute l'inconvénient de provoquer une dispersion de la recherche entre des prestations très diverses. Il est apparu cependant que des pôles d'unification pouvaient être dégagés.

934. Trois axes principaux peuvent ainsi être relevés et servir de base à des recherches ultérieures.

Le premier, le plus traditionnel conduit à classer les services en fonction de leur objet. Il permet de distinguer trois sous catégories : les services de mise à la disposition, les services de maintenance, les services de conseil. Ces deux derniers groupes réunissent les activités les plus "modernes" qui connaissent le développement le plus sensible.

Un deuxième axe fait ressortir l'importance des parties aux contrats de services. Il est ainsi possible d'établir une classification selon la qualité du bénéficiaire ou selon celle du prestataire. Dans le premier cas une distinction fondamentale intervient entre les services aux particuliers et les services aux entreprises (1). Dans le deuxième cas la distinction s'opère entre les services insérés dans le système industriel et les autres : services artisanaux et activités libérales (2). Ces deux classifications se recoupent d'ailleurs pour une large part. Les services aux entreprises sont souvent fournis par des entreprises modernes et importantes, les services aux particuliers étant l'oeuvre des prestataires traditionnels. Ce phénomène est particulièrement net pour les services intellectuels mais il affecte à un degré plus ou moins important l'ensemble des services.

---

(1) Voir supra nº 36 et ss.
(2) Voir supra nº 41 et ss, nº 116 et ss et nº 217 et ss.

Le troisième axe enfin conduit à mettre en relief le phénomène de l'appropriation des services, phénomène posant des problèmes théoriques et pratiques essentiels (1).

935. Ces thèmes de recherches ne prétendent pas pour autant appréhender de manière exhaustive les difficultés soulevées par l'existence et le développement des entreprises de services. L'extranéité de certaines de ces activités peut notamment soulever d'importantes interrogations. Cet aspect dépassait le cadre de notre recherche limitée au droit interne. Il ne mérite pas moins de faire l'objet de recherches approfondies. L'immatérialité des services, ainsi que la nécessité du déplacement du prestataire rendent difficile l'appréhension de ces activités dans l'espace, de même que leur localisation. Cette difficulté apparaît clairement, par exemple, en droit fiscal. Il est en particulier difficile de savoir si le prestataire se déplaçant à l'étranger pour fournir ses services y dispose d'un établissement stable (2). De même en droit du travail le problème du statut des travailleurs "exportés" pour fournir des services se pose-t-il avec acuité.(3).

Cette étude ne constitue donc qu'une étape dans la prise de conscience de l'existence d'un droit en formation. Son plus grand mérite ne peut être que d'inciter à de nouvelles études sur ces questions.

936. Plus généralement, le corps de règles qui a pu apparaître au cours des développements antérieurs s'insère dans un phénomène caractéristique du droit contemporain, et qui suscite un profond bouleversement des branches du droit.

---

(1) V. supra nº 456 et ss et nº 676 et ss.

(2) J.P. Foucault, La fiscalité des groupes internationaux de sociétés, Thèse Paris I 1975 nº 208 et ss. A titre d'exemple on peut noter que les conventions fiscales relatives à l'imposition des bénéfices considèrent que les bénéfices que les entreprises de transport retirent du trafic international ne sont imposables que dans l'Etat où est situé le siège de la direction effective de l'entreprise (voir par exemple la convention fiscale franco-polonaise du 20 juin 1975 qui reprend pour l'essentiel la convention modèle de l'O.C.D.E.).

3) G. Lyon Caen Droit Social international et européen Précis Dalloz 1975. nº 111.

Les règles de droit se développent de plus en plus autour de thèmes principaux qui embrassent souvent de nombreuses disciplines (1). Les services constituent sans doute un de ces thèmes privilégiés. Ces transformations ne doivent pas étonnées. Le droit des services est étroitement lié à l'industrialisation et à la concentration des entreprises. Son apparition coïncide avec la prise en considération des services comme éléments déterminants de la politique de gestion des entreprises modernes.

Ce droit s'insère en conséquence naturellement dans l'ensemble des phénomènes juridiques nés de la concentration. L'apparition de pouvoirs privés économiques ou la transformation des rapports de ces pouvoirs avec la puissance publique ont très largement contribué à faire naître des droits "professionnels" et spécialisés (2). Le droit des services n'est qu'une manifestation de ce phénomène.

Une autre remarque doit être faite. La notion de services n'est pas univoque. De plus en plus, chaque texte adopte son propre système de qualifications (3). La définition de la prestation de service, en conséquence, ne dépend pas seulement de la nature de l'activité exercée, mais doit être apprécié au regard du but recherché par le législateur. Les définitions du service ne peuvent être dégagées ainsi que par la mise en relation de la règle et de son objet. Cette constatation là encore n'est pas propre aux services. L'existence de qualifications multiples est un phénomène caractéristique du droit moderne.

---

(1) Champaud, Contribution à la définition du droit économique D. 1967. ch. 215.
(2) Farjat, Droit économique, op. cité p. 58 et ss.
(3) Voir par exemple, les différences significatives existant entre le droit des marques, la réglementation des prix et la vente avec primes. Supra nº 560 et ss, nº 782 et ss.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux - Traités

ALTHUSSER — Pour Marx, Maspéro 1973.

ALTHUSSER L., BALIBAR E. Lire le capital, 2 vol. Maspero 1968.

AUBY J.M. et DUCOS ADER R. Grands services publics I P.U.F. Coll. Thémis Paris 1975.

BACHELARD G. — La formation de l'esprit scientifique, Bibliothèque textes philosophiques, Vrin 1967.

BARRE R. — Economie politique, P.U.F. Coll. Thémis 10e édition 1975.

BATIFFOL, LAGARDE P. — Traité de droit international privé, L.G.D.J. Paris 6e édition t. I 1974 t. II 1976.

BAUDELOT P. ESTABLET R. MALEMORT J. La petite bourgeoisie en France. Maspéro, Collection Cahiers libres 1974.

BAUDRILLARD J. — Le système des objets ; la consommation des signes Denoël Paris 1968.

BEGUIN J. — Les procédures spéciales aux affaires, Librairies techniques Collection Droit et Gestion 1973.

BRESSY et RICHOUX — Les regroupements d'entreprises, Editions ouvrières 1970.

CAMERLYNCK G.H. et LYON-CAEN G. Droit du travail, Dalloz 1976.

CARBONNIER J. — Droit civil, P.U.F. Collection Thémis, Paris
t. 1 10e édition 1974
t. 2 8e édition 1975
t. 4 8e édition 1975
- Flexible droit, Dalloz Paris 3e édition 1976
- Cours de sociologie du droit 1968-1969
- Sociologie du droit, A. Colin, Coll. U Paris 1972.

COLIN CLARK — Les conditions du progrès économique, Sirey Paris 1946.

COLIN et CAPITANT — Cours élémentaire de droit civil français, Dalloz, Paris, tome 1 1931.

COZIAN M. — La fiscalité des entreprises, librairies techniques Coll. Droit et gestion Paris 3e édition 1975.

DALLIGNY S. — Essai sur les principes d'un droit civil socialiste L.G.D.J. Paris 1976.

D.A.T.A.R. — - Questions à la société tertiaire, Doc. Fse 1973
- Les firmes multinationales, Doc. Fse 1973.

DELMAS-MARTY M. — Droit pénal des affaires, P.U.F., Coll. Thémis Paris 1973.

DERRUPE J. — Les opérations de l'entreprise, Librairies techniques Coll. Droit et gestion, Paris 1972.

DESMYTHERE J. — Cours polycopié de l'Institut d'Etudes Politiques 1971-1972.
Fiscalité et vie des entreprises.

DIDIER P. — Droit commercial P.U.F. Coll. Thémis Tome I 1970.

DUPEYROUX — Sécurité sociale, Précis Dalloz Paris 1972.

DRAGO R., GOYARD V. Les démembrements de l'administration, Traité de science administrative.

DURAND et VITU Traité de droit du travail, Dalloz Paris 1950.

ESCARRA J. et RAULT R. et J. Traité théorique et pratique de droit commercial Sirey Paris.
- Les sociétés commerciales T. 1 1950.
- Les contrats commerciaux par J. Hémard, tome 1 1953
tome 2 1955

FLAMME et LE PAFFE Le contrat d'entreprise, Bruylant Bruxelles 1966.

FLOUR J. et AUBERT J.L. Droit civil. Les obligations I Coll. U A. Colin Paris 1975.

FOUCAULT M. Surveiller et punir, N.R.F. Paris 1974.

FOURASTIE J. Le grand espoir du XXe siècle, P.U.F. Paris 1950.

GALBRAITH J.K. Le nouvel état industriel, N.R.F. Paris 1968
La science économique et l'intérêt général, N.R.F. Paris 1974.

GAVALDA et STOUFFLET Droit de la banque, P.U.F. Coll. Thémis Paris 1974.

GENY F. Méthode d'interprétation et sources en droit prive positif (2 vol.) L.G.D.J. 1954.
Science et technique en droit privé positif, Sirey Paris, 4 tomes 1914-1924.

GOLDMAN	Droit commercial européen, Précis Dalloz Paris 1975.
GORE F.	Droit des affaires, Précis Domat, Montchrestien, 1973.
GORE F., DUPOUY Cl.	Comptabilité générale de l'entreprise industrielle et commerciale, Montchrestien Paris 1975.
GURVITCH	Traité de sociologie ; problèmes de la sociologie du droit, P.U.F. 1963 p. 173.
HOUIN R.	Aspects juridiques de la recherche scientifique, travaux de la faculté de droit de Liège, commission droit et vie des affaires, Liège 1965.
HUSSON L.	Nouvelles études sur la pensée juridique, Dalloz Paris 1974.
KAHN H., WIENER A.J.	L'an 2000, Laffont Paris 1969.
LAGARDE et JAUFFRET	Traité de droit commercial, Dalloz Paris Tome 1 1954 Tome 2 1966
LENGELLE M.	La révolution tertiaire, Génin Paris 1966.
LOUSSOUARN et BREDIN	Droit du commerce international, Sirey Paris 1969.
LYON-CAEN G.	Droit social international et européen, Précis Dalloz, Paris 1975.
MANDEL E.	La réponse socialiste au défi américain, Maspéro Cahiers libres Paris 1970.
	Traité d'économie marxiste, U.G.E. Paris 1969.

MARCHAL J. Cours d'économie politique, Génin Paris 4e éd.

MARTY et RAYNAUD Droit civil, Sirey Paris
t. 2 vol. 1 Les obligations 1962.
t. 2 vol. 2 Les biens 1962
t. 3 vol. 1 Les sûretés 1971.

MARX - Le capital Editions sociales Paris
Livre 1er, tome 1 et tome 2
Livre 2e , tome 1

- Misère de la philosophie Editions sociales Paris

MARX et ENGELS L'idéologie allemande, Editions sociales Paris.

MAUSS M. Sociologie et anthropologie P.U.F. Paris
4e édition 1968.

MAZEAUD H,L,J. Leçons de droit civil, par M. de Juglart
Montchrestien, Paris 4e édition
tome 2 vol. 1 Les obligations 1969
tome 3 vol. 2 Les principaux contrats 1974.

MAZEAUD H et L. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Montchrestien Paris
tome 1 1965 avec A. Tunc
tome 2 1970 avec J. Mazeaud

MILIBAND R. L'Etat dans la société capitaliste, Maspero Paris 1973.

MOUSSERON J.M. (sous la direction de) Droit de la distribution, Librairies techniques, bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris 1975.

PASUKANIS E.B. — La théorie générale du droit et le marxisme, E.D.I. Paris 1970.

PLANIOL — Traité élémentaire de droit civil, t. 1 Pichon 1900.

PERROUX F. — Le capitalisme, P.U.F. Coll. "Que sais-je ?" Paris 1962.

PRADERIE M. — Les tertiaires, Le Seuil, Coll. Sociétés, Paris 1968.

RIGAUX F. — Introduction à la science du droit, éd. Vie ouvrière, Bruxelles 1974.

RIPERT G. — La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J. Paris 1949.

Aspects juridiques du capitalisme moderne, L.G.D.J. Paris 1951.

Les forces créatrices du droit, L.G.D.J. Paris 1955.

RIPERT et BOULANGER — Traité de droit civil, L.G.D.J. Paris T. 3, Sûretés personnelles et réelles, 6e édition 1958.

RIPERT et ROBLOT — Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J. Paris t. I 1975 t. 2 1973

RODIERE R. — Droit des transports, Sirey, Paris
tome 1 1953
tome 2 1955
tome 3 vol. 1 1960
vol. 2 1962

RODIERE R. Droit commercial, Précis Dalloz Paris
tome 1 8e ed. 1972
tome 2 7e ed. 1975

RODIERE R. et RIVES LANGE J.L. Droit bancaire, Précis Dalloz, Paris 1975.

ROUBIER P. Le droit de la propriété industrielle, Sirey, t. 2 1952.

Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz Paris 1963.

SERVAN-SCHREIBER Le défi américain, Denoël Paris 1967.

STARCK B. Droit civil Librairies techniques Paris
introduction 1972
obligations 1972

TURQ A. Fiscalité de l'entreprise, Sirey Paris, Coll. administration des entreprises
2e édition 1970
3e édition 1975.

VAN RYN. Principes de droit civil, Bruylant, Bruxelles
t. 1 1954.

VOUIN R. Droit pénal spécial, Précis Dalloz Paris 1971.

WEYL M. et R. La part du droit dans la réalité et dans l'action, Editions sociales Paris 1968.

Révolution et perspectives du droit, Editions sociales 1974.

Thèses, monographies

AMSELECK P. — Méthode phénoménologique et théorie du droit, L.G.D.J. 1964.

ARNAUD A.J. — Essai d'analyse structurale du code civil français L.G.D.J. 1973.

ALISSE J. — L'obligation de renseignements dans les contrats, thèse Paris II 1975.

AUBERT J.L. — Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L.G.D.J. Paris 1970.

BARSEGHIAN — Les sociétés financières d'innovation; Thèse Paris I 1974.

BELLAMY M. — Le contrat d'hôtellerie, thèse Lyon 1960.

BELLIARD — L'assurance crédit, Thèse Bordeaux 1973.

BERLIOZ G. — Le contrat d'adhésion, L.G.D.J. Paris 1973.

BERTIN A. — Le secret en matière d'invention, Entreprise moderne d'édition 1965.

BLAISE J.B. — Le statut juridique des ententes économiques, Librairies techniques Paris 1964.

BOUASI BENUCCI — Il marchio di servizio, Thèse Milan 1959.

BOULOUIS J. — Essai sur la politique des subventions administratives, Paris 1951.

BOURSICAUD M. — Le franchising et les possibilités qu'il offre à la petite et moyenne entreprise, Thèse Toulouse 1970.

BUCELLE J. Le franchising, Mémoire, centre de droit de l'entreprise Montpellier 1970.

BROGNIARD Y. Les sociétés d'investissement à capital variable, Thèse Dijon 1970.

BURST J.J. Breveté et licencié, Librairies techniques Paris 1970

Cahiers de droit de l'entreprise : La prestation de services juridiques, 1976 nº 3.

CALAIS AULOY J. Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, L.G.D.J. Paris 1961.

CASSIN R. L'exception tirée de l'inexécution dans les contrats synallagmatiques, Thèse Paris 1914.

CHAMPAUD Cl. Le pouvoir de concentration dans les sociétés par actions Sirey, Paris 1962.

CONTAMINE RAYNAUD M. L'intuitus personae dans les contrats, Thèse Paris II, 1974.

COUTURIER J.P. Le contrat d'hôtellerie, Thèse Dijon 1967.

COUVRAT P. Les agences de voyage en droit français, Thèse Poitiers 1967.

COZIAN M. L'action directe, L.G.D.J. 1969.

C.N.C.F. Le factoring Paris 1960.

C.R.E.D.A. Les groupes de sociétés, Librairies techniques 1975.

DANGEARD et PONTET La technique de l'exportation P.U.F. coll"que sais-je ?" Paris.

DEMIN P. Le contrat de know-how. Etude de sa nature juridique et du régime fiscal des redevances dans les pays du marché commun. Ets E. Bruylant, bibliothèque de l'école supérieure de sciences fiscales, Bruxelles 1968.

DERRIDA F. Recherches sur le fondement du droit de rétention, Thèse Alger 1940.

DERRUPE La nature juridique du droit du preneur à bail, Thèse Toulouse 1952.

DESPAX M. L'entreprise et le droit, L.G.D.J. Paris 1957.

DOUSSET Y. La sous traitance, Thèse Clermont Ferrand 1971.

DURAND et LATSCHA Le G.I.E. Paris 1968.

EDELMAN B. Le droit saisi par la photographie, Maspéro Coll. Théorie Paris 1973.

FACULTE Sciences Juridiques Rennes - L'accord industriel international, Librairies techniques, 1975.

FABRE R. Le know-how, Lib. tech. 1976.

FARJAT G. L'ordre public économique, L.G.D.J. 1963.

FIESCHI-VIVET La promesse de contrat, Thèse Lyon 1973.

FLEURIET M. Les techniques de l'économie concertée, Sirey Paris 1974.

FLEURY E. Les marques de services, Thèse Lausanne 1958.

FONTAINE M. Essai sur la nature juridique de l'assurance crédit, Bruxelles 1966.

FOUCAULT J.P. La fiscalité des groupes internationaux de sociétés, Thèse Paris I 1975.

FROSSARD J. La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, L.G.D.J. Paris 1965.

GALAIS-HAMONNO Les S.I.C.A.V. P.U.F. Paris 1969.

GHESTIN J. La notion d'erreur en droit positif actuel, L.G.D.J. Paris 1963.

GOUBEAUX G. La règle de l'accessoire en droit privé, L.G.D.J. 1969.

GROSS B. La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats L.G.D.J. 1964.

GUYENOT J. Les contrats de G.I.E., Dalloz Paris 1970
La concession commerciale, Sirey, Paris 1966.

GUYON Y. COQUEREAU G. Le groupement d'intérêt économique, Dalloz 2e édition, Paris 1973.

HAMEL J. (sous la direction de) Le contrat de commission, Dalloz Paris 1953.

HENRY A. Les services bancaires, Thèse Paris I 1972.

HOUSSIAUX J. Le pouvoir de monopole, essai sur les structures industrielles du capitalisme contemporain, Sirey Paris 1958.

JAVILLIER J.C. Recherches sur les conflits collectifs, Thèse Paris I 1973.

JOBIN P.G. Les contrats de distribution de biens techniques, Thèse Montpellier 1972.

KAHN Ph. — La vente commerciale internationale, Sirey, Paris 1961.

LAGACHE M. — Les investissements privés et le concours financier de l'état, Berger-Levrault Paris 1959.

LAMBERT F. — L'innovation, facteur d'expansion internationale de l'entreprise, mémoire D.E.S. Paris I 1972.

LAMBOLEY A. — La société civile professionnelle, un nouveau statut de la profession libérale, Librairies techniques Paris 1974.

LAURENT A. — Libérer les vacances, Le Seuil, collection peuple et culture.

LAVARRE C. — Le G.I.E. Librairies techniques Paris 1972.

LE GALL — L'obligation de garantie dans le louage de choses, L.G.D.J. Paris 1962.

LUCAS A. — La protection des créations industrielles abstraites, Librairies techniques Paris.

LUCAS de LEYSSAC CL. — L'utilisation de la compensation en droit commercial Thèse Paris I 1973.

LYON-CAEN A. — Le contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques, Thèse Paris II 1975.

LYON-CAEN G. — L'exercice en société des professions libérales en droit français, Dalloz Paris 1975.

MAGNIN F. — Contribution à l'étude du know-how, Mémoire D.E.S. Dijon 1966.

Know-how et propriété industrielle, Librairies techniques collection C.E.I.P.I. Paris 1974.

MALAURIE Ph. L'ordre public et le contrat, Thèse 1951.

MAIRE G., PIAGET Ch. Lip 1973, Ed. du Seuil, collect. Combats 1973.

MATHIAS F. Le factoring, Thèse Paris I 1970.

MEDJADJ F. Le service après vente, Mémoire Montpellier 1970.

MERCADAL B., JANIN Ph. Les contrats de coopération inter entreprises, Editions F. Lefebvre Paris 1974.

MIFSUD C. Les contrats de prestations de services de gestion, Mémoire D.E.S. Montpellier 1971.

MONTOUT N. Les chaînes volontaires, Thèse Montpellier 1970.

NGUYEN-THANH D. Techniques juridiques de protection des consommateurs Thèse Caen 1963.

NORY R. Le factoring 1969.

OVERSTAKE J.P. Essai de classification des contrats spéciaux, L.G.D.J. Paris 1969.

PAILLUSSEAU J. La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey Paris 1967.

PENNEAU J. Faute et erreur en matière de responsabilité médicale L.G.D.J. Paris 1973.

PIEDELIEVRE La productivité dans les professions libérales, 1965.

PISIER-KOUCHNER E. Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit, L.G.D.J. Paris 1972.

POULPIQUET (de) J. La responsabilité civile et disciplinaire des notaires L.G.D.J. Paris 1974.

RAEMY R. (de) Le contrat par abonnement, Thèse Lausanne 1960.

PANDOUX D. Le juste prix des biens et des services dans les relations industrielles et commerciales, Thèse Lille 1973.

REBOUL Y. Les contrats de recherche, Thèse Montpellier 1974.

REVEL J. La responsabilité du fabricant, Thèse Paris II 1975.

ROUJOU de BOUBEE G. Essai sur l'acte juridique collectif, L.G.D.J. 1961.

ROZIER J. Les sociétés d'intérêt collectif agricole, Librairies techniques Paris 1965.

SAVATIER J. Les professions libérales, Thèse Poitiers 1947.

SCHENIG Ph. Les aides financières publiques aux entreprises privées, contribution à l'étude juridique de l'administration économique, Thèse Paris 1968.

SENTENAC M. Le financement du commerce extérieur avec les pays de l'est, Mémoire de D.E.S. Paris I 1975.

SERNA J.C. Le refus de contracter, L.G.D.J. Paris 1967.

SERRA Y. L'obligation de non concurrence, Sirey 1970.

SEUBE A. Le contrat de fourniture, Thèse Montpellier 1970.

SPYROPOULOS G. Le droit des conventions collectives dans les pays de la C.E.C.A., Trav. et Rech. Inst. Droit Comparé Paris, ed. de l'Epargne 1959.

STARCK B. Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Paris 1947.

SUDREAU P. (rapport du Comité sur :) La réforme de l'entreprise, Doc. Fse 1975.

SUSSFELD L. Le factoring 1968.

TESTON J.C. et G. Le franchising, Editions Delmas Paris 1973.

TEYSSIE B. Les groupes de contrat, L.G.D.J. Paris 1975.

TUNC A. Les contrats de garde, Thèse Paris 1941.

VALENTIN G. Le contrat de sous traitance, Thèse Paris II 1975.

VASSEUR M. Les réformes des structures industrielles et des économies régionales, L.G.D.J. 1959.

L'Etat, banquier d'affaires, Dalloz Paris 1962.

VEZIAN J. La responsabilité du banquier, Librairies Techniques Paris 1974.

VOLAIT Ch. La location service, une technique locative d'équipement pour l'entreprise, Thèse Paris I 1976.

UTIDJIAN A. La location de véhicules pour le transport routier des marchandises, Librairies techniques, Paris 1964.

X. Guide comptable de l'ingénierie 2 rue de l'oratoire Paris.

Articles

ALFANDERI E. — Le contrôle des clauses pénales par le juge, J.C.P. 1971.1.2395.

AUBY J.M. — Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels, J.C.P. 1973.1.2545.

AUDINET J. — Une réforme imparfaite, J.C.P. 1974 (C.I.) II.11274.

AZEMA J. — Rapport sur les inventions d'employés in La copropriété des brevets, Colloque Lyon, Librairies techniques, coll. C.E.I.P.I. 1976 p. 13.

BARDOUL — Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles, Rev. Soc. 1973.413.

Apports en clientèle et en industrie, l'exercice en groupe des professions libérales, Actualités du droit de l'entreprise Montpellier 1974.

Définition juridique du know-how, Actualités du droit de l'entreprise Montpellier 1975.

BAHAGIAN T. — Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive, J.C.P. (C.I.) 1975.II.11636.

BARSEGHIAN M. — Le régime juridique et fiscal des S.F.I., J.C.P. 1975. I.2700.

Le financement de l'innovation, J.C.P. 1975 (C.I.)II. 11720.

Les rapports juridiques unissant l'innovateur et la S.F.I., J.C.P. (C.I.) 1976.II.12096.

BERTRAND P. — Propriété industrielle et recherches sous contrats, in Aspects juridiques de la recherche scientifique, Travaux Faculté Droit Liège 1965.

BIENAYME — L'application de l'article 86 du traité de Rome dans la décision Continental Can Company, Rev. trim. Droit européen 1972.65

BERMOND de VAULX — Les groupements agricoles d'exploitation en commun, R.T.D.Com. 1965.787.

BIGOT J. — La responsabilité civile "produits livrés", J.C.P. (C.I.) 1972.II.10749.

BIHL L. — La notion de dépôt hôtelier, J.C.P. 1974.I.2616.

BLANC E. — Regards sur la nouvelle profession de conseil juridique, Rec. Gen. Lois jur. 1972.533.

BLUM R.E. — Les marques de services, La propriété industrielle 1953 Etudes générales p. 115.

BOCCARA B. — La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du code civil, J.C.P. 1970.I.2294.

La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, J.C.P. 1975.I.2742.

BONNAUD — Le factoring, une nouvelle forme d'aide à l'exportation, Banque 1964.671.

BONNETETE M.C. — De la notion de faute à la notion de cause réelle et sérieuse dans la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, D. 1974 ch. 191.

BOSS M. Les programmes de système, La protection des résultats de la recherche, Coll. C.E.I.P.I. Librairies techniques 1969 p. 79.

BOUVIER R. et DURAND P. Investissements et contrôle des changes, J.C.P. (C.I.) 1974.II.11544.

BOURILLON Cl. Les nouveaux services bancaires, Banque 1968.189.

BUCAILLE P. Exposé introductif in La filiale commune, Colloque Université de Paris II sur la filiale commune, Paris février 1975. Librairies techniques 1975.

BUDIN et PONELLE Agences de voyages, G.P. 1963.2. doc. 37.

BURST J.J. Une personnalité morale ambigue : la personnalité morale du G.I.E. J.C.P. (C.I.) 1976.II.12027.

Commercialiser le know-how, rapport introductif, Act. Droit. Entreprise Montpellier 1975. Librairies techniques 1976 p. 133.

BYSTRICKY R. La coopération entre l'est et l'ouest, et les lois générales de l'édification socialiste, Ann. Etudes Inter. 1974 p. 28.

CABRILLAC H. La responsabilité civile des banques dans le placement et l'émission de titres R.T.D.Civ. 1931.313.

CABRILLAC M. Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente, D. 1964 ch. 181.

Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en Droit commercial français, Travaux de l'association H. Capitant t. XXII 1970 Dalloz 1975 p. 152.

CABRILLAC M. — Servitudes et grandeurs bancaires ou le nouveau droit des émissions de chèques sans provision, D. 1975 ch. 51.

CALAIS-AULOY — Grandeur et décadence de l'article 632 du code de commerce, Etudes H. Cabrillac, Librairies techniques 1968.

La loi Royer et les consommateurs, D. 1974 ch. 96.

CASALONGA A. — La protection du secret de fabrique dans le contexte de l'espionnage industriel, Mélanges Bastian II, Librairies techniques 1975.

CASTAREDE — Favoriser l'innovation pour conjurer la crise, Le Monde 26 février 1974.

CATALA-FRANJOU N. — De la nature juridique du droit de rétention, R.T.D.Civ. 1967.9.

CATALA N. — Le travail temporaire en France, Problèmes juridiques, Droit social 1969.233.

Travail temporaire, Jurisclasseur Travail fasc. 64 bis.

CATALA P. — La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, R.T.D.Civ. 1966.185.

CHABAS F. — Vers un changement de nature de l'obligation médicale, J.C.P. 1973.I.2541.

CHAMPAUD Cl. — La concession commerciale R.T.D. Com. 1963.45 et s.

Les méthodes de groupements de sociétés, R.T.D.Com. 1967.1003 et s.

Contribution à la définition du droit économique, D.1967 ch. 215.

CHAMPAUD Cl. Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français, Travaux Association H. Capitant, Journées italiennes 1969 t. XXI Dalloz 1974 p. 118.

CHAMPAUD Cl. et LEVEL P. Rapport sur les filiales communes et le droit de la concurrence, Colloque Paris II Février 1975.

CHARDENON P., MOURGITCH (de) J. Sociétés civiles de moyens constituées entre membres de professions libérales, J.C.P. 1971.I. 2406.

CHAUVEAU P. La croisière maritime, J.C.P. 1959.I.1498.

Les inventions d'employés in Mélanges Plaisant Sirey 1960 p. 33.

CHEMINADE Y. Les sociétés civiles de moyens J.C.P. 1971.I.2405.

CHOLLET N. Aspects juridiques des groupements de distributeurs in Les groupements de distributeurs, Cahiers du Droit de l'entreprise 1972.2. p. 1.

COGNET et KAUFFMAN Aspects fiscaux du know-how, Cahiers de droit de l'entreprise 1971 nº 1 p. 15.

COHEN M. Le licenciement des salariés depuis la loi du 13 juillet 1973 Revue pratique de droit social nº spécial 342 octobre 1973.

COLETTE R., HUBERT A., PELT P. Les contrats de consulting engineering in Le contrat d'ingineering, Travaux de la Faculté de Liège 1964.

COUDERT M.A. La garantie d'éviction du fait des tiers ou du fait personnel du vendeur dans les ventes commerciales de

meubles corporels, D. 1973 ch. 113.

CONTIN R. et HOVASSE L'autonomie patrimoniale des sociétés D. 1971 ch. 139.

COSNARD H. Le refus de vente R.T.D.Com. 1962.187.

COUTURIER J.P. Le contrat d'hôtellerie Jurisclasseur civil art. 1949 1954 fasc. F nº 27 et s.

COUVRAT P. Le projet de convention internationale relative au contrat de voyage D. 1969 ch. 57.

CURIEN H. Les nouvelles conditions d'attribution des aides à la recherche, Le progrès scientifique Doc. Fse janvier février 1974 p. 61 et s.

DAUMARD J. Les marchés d'études et de prototypes, Act. Jur. Droit Administratif 1963.331.

DAGOT M. et SPITERI P. A la recherche de la multipropriété, J.C.P. 1972. I.2481.

DECOQ A. Commentaire de la loi du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, Rev. Sc. Crim. 1973.145.

DECOTTIGNIES R. L'exécution de l'obligation de délivrance in La vente commerciale de marchandises Dalloz Paris 1951.

DELEUZE J.M. Les contrats d'engineering, Travaux Faculté Droit de Montpellier 1970, Librairies techniques 1971 p. 79.

DEMARET P. Analyse de quelques contrats de recherche, Aspects juridiques de la recherche scientifique, Travaux Faculté de droit de Liège 1965.

La forme juridique des sociétés de recherche sous contrat en France et en Belgique, R.T.D.Com. 1967.719 et s.

DEMICHEL A. Le self-service public, D. 1970 ch. 77.

DEPREZ Responsabilité civile Jurisclasseur civil a. 1382, 3e partie 1º fascicule.

DERRIDA F. Vº Gérant Encyclopédie Dalloz Sociétés.

DESJEUX X. La réservation du know-how par le droit d'auteur, Act. Droit de l'entreprise, Montpellier 1975, Librairies techniques 1976 p. 97.

DESPAX M. Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel J.C.P. 1972.I.2465.

Groupes de sociétés et contrat de travail, Droit social 1961.596.

La vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, J.C.P. 1963.I.1776.

DESROZIERS A. Un découpage de l'industrie en trois secteurs, Economie et statistique 1972 nº 40.

DEVOLVE P. Le refus de vente, D. 1960 ch. 203.

DIDIER P. Remarques pour servir à une définition du droit commercial D. 1962 ch. 221 et s.

Esquisse de la notion d'entreprise, Mélanges Voirin L.G.D.J. Paris 1966 p. 209.

A propos du contrat de concession : la station service D. 1966 ch. 55.

DOYON N. La propriété spatio-temporelle, J.C.P. 1974.I.2599.

DOYON N. et ZURFLUH La propriété à temps partagé et ses problèmes, Act. jur. P. I. 1976.374.

DUMAS J.P. La loi du 24 décembre 1973 relative à la responsabilité des hôteliers, D. 1974 ch. 104.

DURAND Patrick — Le know-how, J.C.P. 1967.81093.

DURAND Paul — L'évolution contemporaine du droit de la concurrence, in Mélanges Roubier t. 2.

La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé D. 1956 ch. 73.

DURAND et LATSCHA — Le franchising, J.C.P. (C.I.) 1970.87634.

DUSOLIER R. — La marque de service, R.I.P.I.A. 1966.181

Les marques collectives et les marques de qualité dans l'ancien droit et en droit moderne, Mélanges Bastian II, Librairies techniques 1974 p. 27.

EISEMANN — Vº Chambre de commerce internationale Rep. Dalloz Droit international I.

FABRE R. — La réservation du know-how par le droit de la responsabilité, Act. Droit de l'entreprise 1975 Montpellier 1976 p. 69.

FLECHEUX et FABIANI — La responsabilité civile de l'avocat, J.C.P. 1974.I. 2673.

FOCSANEANU L. — La loi du 29 décembre 1972 sur les ventes et les prestations de services avec primes, J.C.P. 1973.I.2548.

FOULON-PIGANIOL — La lutte contre le racisme D. 1972 ch. 261.

FOURNIER J.L. — Encyclopédie Dalloz Droit commercial Vº engineering

FRANCON A. — La prohibition des marques descriptives en droit français Hommage à H. Desbois, Dalloz 1974.127.

GALGANO F. Les groupes et organismes sans personnalité juridique en droit civil, Travaux Association H. Capitant 1969, t. XXI Dalloz 1974 p. 5.

GAVALDA Le refus du banquier, J.C.P. 1962.I.1727.

Le secret des affaires, Mélanges Savatier, D.1965.291.

La révision et le redressement des comptes bancaires, Mélanges Cabrillac, Librairies techniques Paris 1968.181.

Le crédit bail, Jurisclasseur commercial Vº annexes, Banque fasc. 58 E.I. nº 62.

Une formule méconnue, les sociétés dites conventionnées pour l'adaptation à la C.E.E., D. 1969 ch. 260.

Factoring, Encyclopédie Dalloz commercial, tome II.

Une étape, la réforme du chèque par la loi du 3 janvier 1972, J.C.P. 1973.I.2589.

La libération de l'établissement et des prestations de services bancaires dans la C.E.E., R.T.D. européen 1974. 695.

Une seconde étape, la loi nº 75.4 du 3 janvier 1975 sur la prévention et la répression des infractions en matière de chèques, J.C.P. 1976.I.2764.

Le crédit bail, Jurisclasseur commercial Annexes Banque fasc. 58

GAVALDA et STOUFFLET Le contrat dit de "factoring" J.C.P. 1966.I.2044.

La limitation du taux d'intérêts conventionnels par la loi nº 66.1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure, J.C.P. 1968.I.217 nº 20.

GAVALDA et STOUFFLET — Chronique de droit bancaire, J.C.P. (C.I.) 1976.II. 12129.

GEISENBERGER — La suspension provisoire des poursuites, G.P. 1971. 2. doc. 455.

GERBIER — Le factoring 1970.

GHESTIN J. — Le déchargement des marchandises transportées, J.C.P. 1962.I.1716.

La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D. 1971 ch. 347.

L'indétermination du prix de vente et la condition protestative, D. 1973 ch. 293.

Application des règles spécifiques de la vente à la responsabilité des fabricants et distributeurs de produits en droit français, Rapport au colloque Paris I 1975 Ed. Economica Paris 1975 p. 3.

La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 janvier 1976) J.C.P. 1976.I.2786.

GIORGIADES — La responsabilité du commissionnaire de transport et de l'agence de voyages, Revue française de droit aérien 1953 p. 40.

GIROD P. — L'élimination des déchets et la récupération des matériaux (commentaire de la loi du 15 juillet 1975) D. 1975 ch. 237.

GIVERDON P. — Le droit commercial, droit des commerçants, J.C.P. 1948.I.770.

GIVERDON P. — Le contrat de promotion immobilière, G.P. 1972.I doct. 213.

GOLDMAN — Le droit des sociétés internationales, Clunet 1963.320.

Les mercatoria et frontières du droit, Arch. Philo. droit 1964.177.

GOLDSMITH J.C. — A propos du projet de loi sur les S.C.P., D. 1966.37.

Etude générale des conditions et limites de la responsabilité des bureaux d'engineering, G.P. 31.12.75 6.1.76.

GOFFIN R. — Fourniture et montage à l'étranger de matériels d'équipement, in Les contrats d'engineering, Travaux de la Faculté de droit de Liège 1964 p. 115.

GOURDON Cl. — Une nouvelle forme d'appropriation de l'immeuble d'habitation : les sociétés de gestion. Mélanges Savatier, Dalloz 1965 p. 317.

GUERIN H. — La distinction du conseiller juridique rédacteur d'actes et de l'intermédiaire, J.C.P. 1973.II.17583.

GUYENOT J. — La franchise commerciale, R.T.D.Com. 1973.161 et s.

Encyclopédie Dalloz Droit commercial Vº Ententes économiques.

Droit des marques de fabrique et droit de la concurrence, Mélanges Cabrillac, Librairies techniques, 1968 p. 219.

GUYON Y. — Répertoire Dalloz Sociétés 2e édition t. 2 Vº Société civile professionnelle.

Rapport général sur les sociétés civiles de moyens in L'exercice en groupe des professions libérales, Montpellier

1974 Librairies techniques 1974.

Les droits des salariés dans la liquidation collective Droit social 1974.138.

GURVITCH — Théorie pluraliste des sources du droit positif, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique Iº session 1934.35.

HAMEL — Le droit du banquier de refuser l'ouverture d'un compte, Banque 1959.6.

HANSENNE J. — De l'engineering à la fourniture de complexes clés sur porte, in Les contrats d'engineering, Travaux de la Faculté de droit de Liège, Liège 1964 p. 13.

HEMARD J. — L'évolution contemporaine de la réglementation de la concurrence, Etudes Julliot de la Morandière, Dalloz Paris 1964.203.

La nouvelle réglementation des primes et cadeaux, D. 1974. ch. 223.

HOMONT A. — Les marchés d'études et de définition, Rev. Adm. 1963.37.

HOUIN R. — Intervention au colloque de Rennes sur le droit des groupes de sociétés, Librairies techniques 1972 p. 232.

Les groupements de recherche en commun, in Aspects juridiques de la recherche scientifique, Travaux de la Faculté de droit de Liège, Liège 1965 p. 263.

HUVELIN P. — Les marchés d'études et de recherches passés par les administrations publiques, Aspects juridiques de la Recherche scientifique, Travaux de la Fac. de Droit de Liège, Liège 1965.

IVAINER Th. De l'ordre technique à l'ordre public technologique, J.C.P. 1972.I.2495.

JABIN J. Le fonctionnement des groupes de sociétés, Rev. prat. soc. 161.

JACQUEMIN A. Le droit économique, serviteur de l'économie, R.T.D. Com. 1972.283.

Les groupes de sociétés, décentralisation dans la concentration, in Travaux de la Faculté de droit de Liège 1972, Liège 1973 p. 27.

JAUME R. Les services communs d'entreprises, Acutalités de droit de l'entreprise Montpellier 1972, Librairies techniques 1974 p. 99.

JEANTET F.C. Réflexions sur l'application des ententes comportant une clause d'exclusivité, J.C.P. 1963.I.1743.

Lumière sur la notion d'exploitation abusive de position dominante, J.C.P. 1973.I.2576.

JESTAZ Ph. Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière, D. 1972.177.

JUGLART M. (de) L'obligation de renseignements dans les contrats, R.T.D. Civ. 1945 p. 1.

JULLIARD P. La nouvelle réglementation des transferts techniques internationaux, J.C.P. (C.I.) 1971.II.10016.

JULLIOT de la MORANDIERE L'ordre public en droit privé interne, Etudes Capitant, Dalloz Paris 1939.

LADAS St La protection légale du know-how. Prop. Ind. 1963.222.

KAYSER A. Rapport de synthèse, in Les sources du droit du travail, coll. du droit du travail, C.E.C.A. Luxembourg 1962 p. 21.

KAYSER P. Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, R.T.D.Civ. 1971 p. 445.

LALLEMEND R. Le factoring, jurisclasseur comm. Annexes, Banque et Bourse fasc. 58 D.

LAMBERT-FAIVRE Y. L'entreprise et ses formes juridiques, R.T.D.Com. 1968. 907.

LEAUTE J. Les contrats types, R.T.D.Com. 1953.539.

LAURENT Ph. Les transferts de technologie, Projet Mars 1975.289.

LEPETRE J.Ph. De la recherche et de la concurrence dans le marché commun, Mélanges Bastian II 1974 p. 251.

LESTANG Ph. Le nouveau système français des nomenclatures d'activités et de produits, Economie et statistique décembre 1973.

LE TARNEC Les ventes et prestations de services avec primes, G.P. 1973.I. doct. 204.

LE TOURNEAU Ph. Observations autour du contrat d'engineering, Journal des Agréés 1975.320.

LEVASSEUR G. Le nouveau régime répressif de la réglementation des prix, J.C.P. 1943.I.370.

LEVYNARIE P. Anesthésie et responsabilité civile des médecins en clientèle privée, J.C.P. 1974.I.2630.

LEVY G. La garantie des vices cachés dans la vente des véhicules, R.T.D.Civ. 1970 p. 1.

LIET-VAUX L'avant projet de loi relatif aux S.C.P. Rev. Adm. 1965.580.

LINDON R. Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée, J.C.P. 1970.I.2357.

LOUSSOUARN Y. Rapport sur la filiale commune et le droit international, colloque sur la filiale commune, Paris II février 1975. Librairies techniques 1975.

LUGAN Réflexions sur la loi 72.1221 du 29 décembre 1972 concerna les ventes avec primes, G.P. 1973.I. doct. 237.

LYON-CAEN G. Contribution à la définition du droit commercial, R.T.D.Com. 1949.355 et s.

Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, R.T.D.Civ. 1974.229.

Les sociétés de travail temporaire en France et dans la C.E.E., D. 1971. ch. 95.

Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail, Mélanges en l'honneur de P. Horion, Faculté de droit de Liège 1972.

LYON-CAEN G. et BONNETETE M.C. La réforme du licenciement à travers la loi du 10 juillet 1973, Droit social 1973.423.

LYON-CAEN G. et RIBETTES TILLHET J. Sociétés de travail temporaire et travailleurs temporaires, D. 1972 ch. 63.

MALINVAUD Ph. — La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose, J.C.P. 1968.I.2153.

De l'erreur sur la substance, D. 1972 ch. 215.

La responsabilité civile du fabricant en droit français, G.P. 1972.2 doc. 463.

MARKET R. — Les contrats d'exclusivité en droit allemand de la concurrence, R.T.D. européen 1966.66.

MARTIN M.F. — Know-how et assistance technique, La vie judiciaire 1971 nº 1.

MARTIN R. — La promotion immobilière, Ann. des Loy 1973.1104.

MARTINE — Le problème des qualifications à propos des sociétés en participation, R.T.D.Com. 1959.63.

MASCARENAS — La marque de service, La propriété industrielle 1959, Etudes générales p. 137.

MATHELY P. — La réforme apportée par la loi de 1968 dans l'appréciation de la brevetabilité, Mélanges Bastian 1974.II. p. 269.

MAYER D. — L'amitié, J.C.P. 1974.I.2664.

MAZEAUD J. — La responsabilité civile du vendeur, R.T.D.Civ. 1955. 617.

MERCADAL B. — Bilan présenté au colloque sur l'exercice en groupe des professions libérales, in Actualités droit de l'entreprise, Montpellier 1974 p. 195.

MERLE Ph. — Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme, D. 1975 ch. 245.

MIALON M.F. Contribution à l'étude juridique d'un contrat de conseil : le contrat de consulting engineering, R.T.D. Civ. 1973 p. 5.

Actualité des contrats de conseil R.T.D. Civ. 1976. 297.

MICHALET C.A., GONOD P., GERMINIS D., PERRIN F. Transformations techniques du droit économique mondial, Progrès scientifique janvier février 1975 p. 26.

MOLIERAC J. Les sociétés de gérance, Encyclopédie Dalloz Sociétés t. I.

MORET L. Le contrat d'hôtellerie, R.T.D.Civ. 1973.660.

MOUSSERON J.M. Les inventions d'employés, R.T.D.Com. 1965.547.

La protection juridique des programmes d'ordinateurs, "La protection des résultats de la recherche. techniques 1969, coll. C.E.I.P.I. p. 118.

Problèmes juridiques du know-how, Cahiers de l'entreprise nº 1 1972 p. 1.

La durée dans la formation des contrats, Mélanges Jauffret Aix 1974.509.

Rapport sur les groupements d'exercice in L'exercice en groupe des professions libérales, Montpellier 1974 p. 19.

Rapport introductif sur la réservation du know-how, Actualités Droit de l'entreprise, Montpellier 1975, Librairies techniques 1976 p. 63.

N'GUYEN THANH BOURGEOIS et REVEL J. La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue, J.C.P. (C.I.) 1974.II.11553.

NICOLAS B. — Le dénombrement des entreprises prestataires de services, Economie et statistique nº 30 janvier 1972 ch. 53.

OPPETIT B. — Groupes de sociétés et droit du travail, Rev. Soc. 1973.69.

L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstance : les clauses de hardship, Clunet 1974.794.

OPPETIT B., SAYAG A. — Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés, Rev. Soc. 1973.577 et s.

OVERSTAKE J.F. — La responsabilité civile du fabricant de produits dangereux, R.T.D.Civ. 1972 p. 485.

PAILLUSSEAU J. — Faut-il en France un droit des groupes de sociétés, J.C.P. 1971.I.2401 bis.

Les groupes de sociétés ; analyse du droit français et perspectives de réformes, R.T.D.Com. 1972.814.

PAPIER-JAUMOUILLE M. — Les inventions d'employés, Rev. du travail, novembre 1963 p. 1.

PARLEANI G. — Le lease-back, R.T.D.Com. 1973.699.

PEDAMON — Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial, R.T.D.Com. 1959.335.

PELISSIER J. — La réforme du licenciement, D. 1973 ch. 253.

PENNERA Ch. — Les sociétés relais et l'évasion fiscale internationale, J.C.P. (C.I.) 1974.II.11315.

PERCEROU R. — La société en participation, Nouvelles techniques de concentration, Act. jur. Droit de l'entreprise, Montpellier 1971, Librairies techniques, 1972 p. 75.

PEROT MOREL M.A. — Les marques de services, R.T.D.Com. 1970.281.

PHILBERT A. — Le nouveau droit du licenciement. Légi. social septembre 1973 nº 11.

PHILIPPS — Le remboursement de frais au regard de la T.V.A., Droit fiscal 1974 nº 21.

PIETTROBELLI SETTIMO — La distribution des boissons et des aliments dans l'entreprise, Hommes et techniques 1972.

PIROVANO A. — L'ambiguité des actes de commerce par la forme D. 1976 ch. 249.

PISAR S. — Aspects juridiques du factoring international, Banque 1970.521.

PLAISANT R. — Les contrats d'exclusivité, R.T.D.Com. 1964.1 et s.

La réforme du droit des marques de fabrique, J.C.P. 1966.I.1972 nº 6.

PLAISANT R., SAYN Y. — Vº Know-how, Jurisclasseur commercial, Sociétés, fasc. III.

PLANIOL — Classification synthétique des contrats, Rev. crit. Lég. Jur. 1904.484.

PONTAVICE (du) — Une nouvelle personne morale : la société de quititaires, R.T.D.Com. 1963 p. 1.

PUYRAVEAU P. — Le régime fiscal des sociétés civiles professionnelles libérales, Librairies techniques 1974 p. 59.

RAFFRAY M. — Les professions libérales et la T.V.A., J.C.P. (C.I.) J.C.P. (C.I.) 1974.II.11495.

RAYMOND — Les ventes avec primes, J.C.P. 1973 (C.I.)II.10968.

REBOUL Y. — L'opération de domiciliation des sociétés, Rev. Soc. 1975.391.

RENARD Cl. — Les contrats de recherches, Aspects juridiques Recherche scientifique, Travaux de la Faculté de droit de Liège, 1965 p. 29.

REYNAUD Ch. — Cession de droits sociaux et retrait, in L'exercice en groupe des professions libérales, Librairies techniques, 1974 p. 43.

REYMOND Cl. — Rapport sur la filiale commune en droit suisse, colloque Paris II sur la filiale commune, Paris février 1975.

RIEG A. — Vº Cession de créance Rep. Civ. Dalloz

Contrats types et contrats d'adhésion, in Etudes de droit contemporain, t. XXXIII, 1970.

RIPERT — L'ordre économique et la liberté contractuelle, Etudes Geny 1934.II.374 et s.

RIVERS CADORET — Le factoring 1970.

RIVES LANGE J.L. — Le factoring, B.T. 1973.314.

La notion de dirigeant de fait, au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation de biens, D. 1975 ch. 41.

Jurisclasseur commercial Annexes, Banque et Bourse fasc. nº 121.

ROBERT A. Le contrat dit de coffre fort, J.C.P. 1959.I.1507.

ROBLOT L'agrément de nouveaux actionnaires, Mélanges Bastian t. I, Librairies techniques 1974.283.

RODIERE La nature juridique du contrat de déménagement, J.C.P. 1951.I.917.

Les avaries de marchandises en cours de chargement ou de déchargement, J.C.P. 1953.I.1085.

Etudes sur la commission de transport. La définition de la commission de transport de marchandises, R.T.D. Com. 1957.75.

La responsabilité des agences de voyages, D. 1958 ch. 241.

La fin du sectionnement juridique du contrat de transport maritime, D.M.F. 1966.584.

Sur le fondement d'une action délictuelle, D. 1969.292.

La protection des minorités dans les groupes de sociétés, Rev. Soc. 1970.243.

Vº Hôteliers logeurs, Rep. Civ. Dalloz.

RODIERE et CHAMPAUD A propos des pompistes de marque, J.C.P. 1968.I.1965.

ROQUETTE Le factoring, Journal des Agréés, 1970.203.

ROUBIER P. Les inventions d'employés, Droit social 45.356, 391, 59.341.

SAINDON J. Recensement de la distribution de 1966, les collections de l'I.N.S.E.E. 16 E septembre 1972.

SAINT ALARY R. — La réforme du statut des sociétés coopératives agricoles, R.T.D.Com. 1972.937.

Les sociétés financières d'innovation, R.T.D.Com. 1973.301.

SAINT ESTEBAN — Une concentration internationale d'entreprises dans la C.E.E., Clunet 1972 p. 249.

SAINT GEOURS J. — Le financement des investissements et le F.D.E.S., Banque 1956.755.

SAVATIER J. — Contribution à une étude juridique de la profession in Dix ans de conférences d'agrégation, Hommage à J. Hamel, Dalloz 1961 p. 3.

SAVATIER R. — L'ordre public économique, D. 1964 ch. 37.

Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D. 1972.137.

La vente des services, D. 1971 ch. 223.

La profession de conseil juridique, D. 1969 ch. 145 et s.

SCAPEL C. — Opération de couverture de change, J.C.P. (C.I.) 1976. II.12028.

SCHAEFFER E. — Le pompiste en station service partagée, J.C.P. (C.I.) 1972.II.10699.

SCHLOGEL M. — Le service complet, objectif des banques françaises, Banque 1971.643.

SCHMIDT J. — La sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.Civ. 1974.46 et s.

SERNA J.C. Les aspects juridiques de la concurrence entre grandes et petites surfaces, J.C.P. (C.I.) 1972.II.10639.

Les magasins collectifs d'indépendants, J.C.P. (C.I.) 1972.II.10743.

Sociétés coopératives de commerçants détaillants et magasins collectifs des commerçants indépendants, Rev. Soc. 1972.443.

SERNA J.C., BENOIT C. Le dispositif d'orientation du commerce et de l'artisanat, J.C.P. 1974.I.2643.

SEUBE A. Les conditions générales des contrats in Mélanges Jauffret, Aix 1974 p. 621.

La réservation du know-how par le droit des contrats, Act. Droit de l'entreprise Montpellier 1975, Librairies techniques 1976 p. 79.

SEUBE A., MOUSSERON J.M. A propos des contrats d'assistance et de fourniture, D. 1973 ch. 197.

SIE R. Les entreprises face aux problèmes juridiques des services inter entreprises, Les services communs d'entreprises, Actualités de Droit de l'entreprise, Montpellier 1972, Librairies techniques 1974 p. 18.

SIMLER Ph. L'article 1134 du code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée indéterminée, J.C.P. 1971.I.2413.

SOLUS Essai d'une justification de la saisie arrêt des objets placés dans les coffre forts des banques, Revue Critique 1936.314.

STARCK B. — Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité, D. 1974 ch. 157 et s.

A propos des accords de Grenelle, Réflexions sur une source informelle du droit, J.C.P. 1970.I.2363.

STOUFFLET — Jurisclasseur Banque et Bourse, fasc. 16 bis.

SURU J. — La banque au service des clients, Banque 1971.769.

TALLON D. — Erreur sur la substance et garantie des vices cachés, in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel p. 435.

TASSY J. — Le know-how, etude de cas, Actualités de droit de l'entreprise, Montpellier 1970, Librairies techniques 1971 p. 16.

TERRE F. — Les sociétés civiles professionnelles, J.C.P. 1967.I. 2103.

La révision de la loi sur les sociétés civiles professionnelles, J.C.P. 1973.I.2554.

Sociologie du contrat, Arch. Phil. droit 1968.71.

THEARD — La distribution de produits de marque et le concessionnaire G.P. 1975 doc. 30.

TUNC A. — Ebauche du droit des contrats professionnels, Etudes Ripert 1950 t. I.

TYDGT E., BOON J.A. — Les contrats d'installations clés sur porte, in Contrat d'engineering, Travaux Faculté de droit de Liège, 1[illegible].

VACARIE I. — Groupes de sociétés et relations industrielles de travail, Droit social 1975.23.

VANGREVELINGHE G. Modes et projections de la consommation, Economie et statistique nº 6 novembre 1969.

VASSEUR M. Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, R.T.D.Civ. 1964.5.

VERDIER J.M. et LANGLOIS Ph. Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif, D. 1972 ch. 253.

VILAR C. L'évolution de la responsabilité du chirurgien et de l'anesthésiste, R.T.D.Civ. 1974.739.

VINEY G. La responsabilité des entreprises prestataires de conseils, J.C.P. 1975.I.2750.

VUILLE D. La garantie des biens de consommation durables, Hommes et techniques 1971.260.

WAHL Le contrat de déménagement, R.T.D.Civ. 1911.508.

ZENNER A. Le cadre juridique du factoring, Centre d'études bancaires, Bruxelles, mai 1972 nº 197.

Notes, conclusions, observations

ALAPHILIPPE — Note sous Poitiers 7 février 1974, D. 1974.603.

BASTIAN — Note sous Com. 21 octobre 1949, J.C.P. 1950.II.5339.

BEURDELEY et DUSOLIER — Note sous T.A. Lyon 12 janvier 1968 R.I.P.I.A. 1968.76.

BECQUE et CABRILLAC — Obs. sous Com. 14 décembre 1965. R.T.D.Com.1966.375
Obs. sous civ. 12 décembre 1955 R.T.D.Com. 1956.297.

BEY E.M. — Note sous Toulouse 8 mai 1970, J.C.P.1970.II.16481.
Note sous Civ. 3e 30 juin 1971, J.C.P. 1971.II.16860.

BIGOT J. — Note sous com. 16 juin 1966 J.C.P. 1968.II.15330

BIHL L. — Note sous T.I. Arcachon 17 janvier 1975 D. 1976.306.

BLANCHER R. — Obs. sous C.E. 28 novembre 1973 R.T.D. Com. 1974.179.

BLAUSTEIN R. — Note sous crim. 31 octobre 1962
Crim. 19 novembre 1964 Annales, 1965.2.51.
Note sous T.A. Versailles 8 décembre 1968 G.P. 1969.I. 248.

BOCCARA B. — Note sous Cass. com. 13 novembre 1969 Paris 21 janvier 1970 J.C.P. 1970.II.16376.
Note sous Civ. 3e 5 mars 1970 Rouen 3 juillet 1970 J.C.P. 1971.II.16581.

BOITARD — Note sous com. 28 octobre 1974 J.C.P. 1976.II.18251.

BOITARD M. et DUBARRY J. Cl. — Obs. sous Dijon 20 décembre 1972 R.T.D.Com. 1973.[illegible]

BOITARD et DUBARRY Note sous Paris 15 mai 1975 J.C.P. 1976.II.18265.

BOITARD et RABUT Note sous com. 20 janvier 1970
Civ. 1e 28 avril 1971 J.C.P. 1972.II.17280.

BORE J. Note sous com. 5 novembre 1971 J.C.P. 1972.II.16975

Note sous crim. 27 avril 1971 J.C.P. 1972.II.16975

Note sous com. 13 mars 1972 J.C.P. 1972.II.17196

Note sous com. 12 février 1974 J.C.P. 1975.II.17915

BOUBLI B. Note sous Paris 27 juin 1970 J.C.P. 1970.II.16756.

BOULOC B. Note sous crim. 27 juin 1972 Rev. Soc. 1973.154.

BOUZAT P. Obs. sous Paris 12 octobre 1966 R.T.D.Com. 1967.633 nº 1.

Obs. sous crim. 8 novembre 1967 R.T.D.Com 1968.492.

Obs. Sous crim. 11 décembre 1968 R.T.D.Com. 1969.819.

Obs. sous crim 15 avril 1970 R.T.D.Com. 1971.790.

Obs. sous Nîmes 9 novembre 1972 R.T.D.Com. 1974.330.

Obs. sous Cass. crim. 22 avril 1975 R.T.D.Com. 1976. 200.

BUISSON F. Note sous C.E. 3 octobre 1973 Dr fisc. 1973 nº 47 com. 1650.

BURST J.J. Note sous Colmar 18 octobre 1972 J.C.P. 1973.II.17479.

CABRILLAC H. Note sous Aix 5 mai 1948 J.C.P. 1949.II.4716.

CABRILLAC M. et RIVES LANGE J.L.

Obs. sous Lyon 16 janvier 1969 R.T.D.Com. 1969.779.

Obs. sous Paris 6 février 1975 R.T.D.Com. 1975.345.

Obs. sous Paris 15 mars 1975 R.T.D.Com. 1975.575.

CABRILLAC M. et SEUBE A. Note sous Colmar 18 octobre 1972 D. 1973.496.

CARBONNIER J. Note sous Poitiers 8 novembre 1949 J.C.P.1949.II. 5205.

Note sous soc. 12 mai 1954 R.T.D.Civ. 1954.515.

CARTERON M. Note sous trib. Com. Seine 6 janvier 1964 Journal des Agréés 1964.135.

CHAISE PROST Note sous Douai 16 mars 1967 quot. jur. 6 janvier 1968.

CHAVANNE A. Obs. sous com. 13 juillet 1966 R.T.D.Com. 1966.927

Obs. sous Douai 16 mars 1967 R.T.D.Com. 1967.1064

Obs. sous T.A. Lyon 12 janvier 1968 R.T.D.Com. 1968. 701.

Obs. sous Paris 13 juillet 1971 R.T.D.Com. 1971.1010

Obs. sous Paris 22 mai 1973 R.T.D.Com. 1973.529

Note sous crim. 30 mai 1958 J.C.P. 1958.II.10809.

Note sous C.E. 24 février 1971 J.C.P. 1972.II.17093.

CHAVANNE et AZEMA Obs. sous Cour justice C.E.E. 2 décembre 1975 R.T.D.Com. 1976.75
Obs. sous Avis de la C.T.E. du 8 novembre 1974. R.T.D.Com. 1975.828.
Obs. sous T.G.I. Paris 13 mai 1975 R.T.D.Com. 1976.71.

CHEVALLIER J. Obs. sous com. 2 novembre 1967 R.T.D.Civ. 1969.116.

CHIREZ A. Note sous Cass. civ. 1e 16 avril 1973 D. 1973.514.

CORNU G. Obs. sous civ. 1e 2 novembre 1966 R.T.D.Civ. 1967.411

Obs. sous civ. 3e 22 février 1968 R.T.D.Civ. 1968.735

Obs. sous Rennes 17 avril 1969 R.T.D.Civ. 1971.173

Obs. sous Lyon 27 décembre 1969 R.T.D.Civ. 1971.173

CORNU G. — Obs. sous civ. 3e 5 mars 1970 Paris 27 juin 1970 R.T.D.Civ. 1971.167

Obs. sous T. com. Paris 19 avril 1971 R.T.D.Civ. 1971. 870.

Obs. sous Rennes 19 décembre 1972 R.T.D.Civ. 1973.587 nº 4.

Obs. sous cass. com. 27 février 1973 R.T.D.Civ. 1973. 582.

Obs. sous Rouen 18 mai 1973 R.T.D.Civ. 1974.164.

Obs. sous Dijon 28 juin 1974 Colmar 18 décembre 1973 R.T.D.Civ. 1976.160

Obs. sous Rouen 22 janvier 1975 R.T.D.Civ. 1975.558

CONTIN R. — Note sous Paris 22 mai 1965 D. 1968.147.

COSTA J.L. — Concl. sous crim. 13 juillet 1961 D. 1961.525.

Concl. sous crim. 11 juillet 1962 D. 1962.497.

COUVRAT P. — Note sous civ. 1e 15 décembre 1969 D. 1970.326.

Note sous civ. 1e 27 octobre 1970 D. 1971.449.

Note sous civ. 1e 10 novembre 1971 (2e arrêt) D. 1972. 593.

COZIAN M. — Note sous C.E. 5 mars 1975 Rev. Soc. 1975.667.

DAUVERGNE B. — Note sous crim. 29 novembre 1973 D. 1974.194.

DELMAS-MARSALET — Note sous C.E. 14 novembre 1973 J.C.P. (C.I.) 1975.II. 11670.

Note sous C.E. 30 novembre 1973 Droit fiscal 1974 nº 16 17 com. 530.

DERRUPÉ J. — Note sous com. 27 février 1973 (2 arrêts) D. 1974.286.

DOUCET J.P. — Note sous T.I. Paris 30 octobre 1968 G.P. 1968.2.345.

DUFTAUT Note sous Poitiers 13 janvier 1971 J.C.P. 1971.IV.237

DURAND P. Note sous Douai 16 mars 1967 J.C.P. (C.I.) 1967.82607

Note sous com. 13 juillet 1966 J.C.P. (C.I.) 1967. 81684.

DURRY G. Obs. sous civ. 2e 11 décembre 1968 R.T.D.Civ. 1970. 361.

Obs. sous Lyon 23 décembre 1969 R.T.D.Civ. 1970.761

Obs. sous civ. 3e 20 décembre 1971 R.T.D.Civ. 1973. 361.

Obs. sous Paris 12 juillet 1972 R.T.D.Civ. 1973.138.

Obs. sous civ. 14 février 1973 R.T.D.Civ. 1973.579.

Obs. sous crim. 29 décembre 1973 R.T.D.Civ. 1974.419.

Obs. sous civ. 1e 4 janvier 1974 R.T.D.Civ. 1974.823.

Obs. sous civ. 1e 4 janvier 1974 R.T.D.Civ. 1974.822.

ESMEIN P. Note sous civ. 2e 13 octobre 1965 J.C.P. 1966.II.14503

Note sous civ. 28 mars 22 octobre 1934 S. 1935.I.337

Note sous civ. 2e 10 juin 1960 J.C.P. 1960.II.11824.

FABRE Note sous C.E. 5 mars 1975 Droit fiscal 1975 nº 17 com. 609.

Concl. sous C.E. 30 octobre 1975 J.C.P. (CI) 1976.II. 12241.

FOURGOUX J.L. Note sous com. Paris 19 avril 1971 D. 1971.482.

FRANCK Concl. sur Paris 8 janvier 1976 D. 1976.452.

FROSSARD Note sous Lyon 23 décembre 1969 Ann. Faculté de droit Lyon 1971.793.

Note sous com. 21 janvier 1970 Rev. soc. 1970.292.

GAVALDA C. Note sous com. Pontoise 20 juin 1967, trib. com. Seine 11 janvier 1968 J.C.P. 1968.II. 15610.

GAVALDA C. Note sous Paris 25 juin 1968 J.C.P. 1968.II.15637.

Note sous Paris 23 janvier 1970
21 janvier 1970 J.C.P. 1971.II.16837.

Note sous com. 12 juillet 1971 D. 1972.153.

Note sous com. 9 avril 1973
Paris 7 avril 1973 J.C.P. 1973.II.17535.

GEGOUT Note sous com. 14 octobre 1966 (2 arrêts) J.C.P. 1967. II.15099.

GHESTIN J. Note sous com. 5 novembre 1971 D. 1972.253.

Note sous com. 27 avril 1971
com. 5 novembre 1971 D. 1972.353

Note sous com. 4 juillet 1973 D. 1974.538

Note sous com. 12 février 1974 D. 1974.414

GROSS B. Note sous Rouen 18 mai 1973 J.C.P. 1974.II.17867.

GUERIN H. Note sous Paris 12 octobre 1966 J.C.P. 1967.II.14936
Note sous crim. 22 décembre 1969 J.C.P. 1970.II.16500
Note sous Lyon 29 janvier 1970 J.C.P. 1971.II.16802
Note sous crim. 13 novembre 1970 J.C.P. 1971.II.16802
Note sous crim. 21 mars 1972 J.C.P. (C.I.) 1973.II.10878
Note sous Nîmes 9 novembre 1972 J.C.P. 1974.II.17661
Note sous Paris 4 avril 1973 J.C.P. 1973.II.17583
Note sous Paris 7 juillet 1975 J.C.P. (C.I.) 1975.II. 12020.

GUYENOT Note sous crim. 22 décembre 1969 D. 1970.108
Note sous Trib. Com. Paris 23 février 1970 D. 1971.45
Note sous com. 13 mai 1970 D. 1970.701
Note sous Amiens 29 novembre 1973 G.P. 14 mars 1974

GUYON Y. Note sous T.Com.Paris 23 février 1970 J.C.P. 1970.II. 16335
Note sous Douai 5 octobre 1972 J.C.P. 1974.II.17704
Note sous Orléans 9 novembre 1972 J.C.P. 1973.II.17508
Note sous Rennes 21 mai 1974 J.C.P. 1974.II.17835
Note sous civ. 3e 18 février 1975 D. 1975.366

HAURIOU M. Note sous C.E. 30 mars 1916 S. 1916.3.17

HEMARD Obs. sous com. 1 février 1956 R.T.D.Com. 1956.487
Note sous C.E. 1 juin 1956 J.C.P. 1957.II.9749
Obs. sous Paris 27 février 1959 R.T.D.Com. 1959.473
Obs. sous Lyon 18 mai 1960
Lyon 9 décembre 1960 R.T.D.Com. 1961.616
Obs. sous Grenoble 25 avril 1963 R.T.D.Com. 1964.800
Note sous Amiens 9 mai 1963 D. 1963.556
Obs. sous T. com. La Rochelle 26 juin 1964 R.T.D.Com. 1965.158
Obs. sous crim. 22 octobre 1964 J.C.P. 1965.II.14160
Obs. sous Paris 26 janvier 1966 R.T.D.Com. 1966.104 nº6
Obs. sous trib. Corr. Seine 12 janvier 1967 R.T.D.Com. 1967.555
Note sous com. 8 mars 1967 J.C.P.(C.I.) 1969.36084
Note sous com. 8 octobre 1968 J.C.P. 1969.II.15807
Note sous T.G.I. St Brieuc 10 décembre 1968 G.P. 1969. I.215
Note sous com. 5 janvier 1969 R.T.D.Com. 1970.179
Obs. sous Aix 8 janvier 1969 R.T.D.Com. 1969.795
Obs. sous com. 22 janvier 1969 R.T.D.Com. 1969.1070
Obs. sous Rennes 2 juin 1969 R.T.D.Com. 1970.468
Obs. sous crim. 22 décembre 1969 R.T.D.Com. 1971.156
Note sous Paris 24 juin 1969 R.T.D.Com. 1970.186

HEMARD Obs. sous Lyon 23 décembre 1969 R.T.D.Com. 1969.795
Obs. sous com. 16 février 1970 R.T.D.Com. 1970.765 nº 10
Note sous com. 21 octobre 1970 J.C.P.(C.I.)1972.II. 10632
Obs. sous com. Paris 19 avril 1971 R.T.D.Com. 1971.1072
Note sous Paris 9 mars 1971
Paris 8 juin 1971 D. 1971.631
Obs. sous com. Paris 19 avril 1971 R.T.D.Com. 1971.1072
Obs. sous com. 18 janvier 1972 R.T.D.Com. 1973.317 nº6
Note sous com. 18 janvier 1972 J.C.P.(C.I.) 1973.II. 11129.
Note sous com. 16 octobre 1972 D. 1973.290
Obs. sous crim. 21 mars 1972 R.T.D.Com. 1973.314
Obs. sous Paris 12 juillet 1972 R.T.D.Com; 1973.622
Obs. sous Nîmes 9 novembre 1972 R.T.D.Com. 1973.855
Obs. sous Rouen 18 mai 1973 R.T.D.Com. 1974.250
Obs.sous T.Com.Paris 28 juin 1973 R.T.D.Com. 1974.153
Obs. sous civ. 1e 21 janvier 1973 R.T.D.Com. 1974.146
Obs. sous Paris 14 mars 1974 R.T.D.Com. 1974.585

HONORAT A. Note sous com. 8 novembre 1973 D. 1974.53

HOUIN R. Obs. sous Nîmes 13 novembre 1963 R.T.D.Com. 1964.164
Obs.sous T.Com.La Rochelle 26 juin 1964 R.T.D.Com. 1964. 857
Obs. sous Lyon 16 janvier 1969 R.T.D.Com. 1969.585
Obs. sous T.Com. 23 février 1970 R.T.D.Com. 1970. 499
Obs. sous civ. 3e 5 mars 1971 R.T.D.Com. 1971.1034
Obs. sous com. 8 novembre 1973 R.T.D.Com. 1973.891
Obs. sous C.E. 20 février 1974 R.T.D.Com. 1974.531

IVAINER Th. — Note sous crim. 21 mars 1972 D. 1973.677

JAMBU-MERLIN — Note sous Tunis 26 octobre 1949 S.1951.2.169

JAUFFRET A. — Obs. sous civ. 3e 5 mars 1971 R.T.D.Com. 1971.980

Obs. sous Nîmes 19 mars 1975 R.T.D.Com. 1976.338.

JEAMMAUD A. — Note sous cass. soc. 18 décembre 1975 D. 1976.399

JEANTET F.C. — Note sous CJ,CE 6 avril 1962 J.C.P. 1962.II.12726

JUGLART M. (de) — Note sous com. 19 octobre 1959 J.C.P. 1960.II.11432

JESTAZ Ph. — Note sous civ. 3e 2 mars 1969 D. 1969.633

JOSSERAND — Note sous civ. 23 mars 1926 D. 1926.I.129

LATOURNERIE — Concl. sous C.E. 20 février 1974 Droit fiscal 1974 nº 24 com. 738
Concl. sous C.E. 20 février 1974 J.C.P. 1975.II.17907 bis
Concl. sous C.E. 29 mai 1974 Droit fiscal 1974.1471
Concl. sous C.E. 12 décembre 1974 Droit fiscal 1975 nº 14 15 com. 542

LELOUP J.M. — Note sous trib. com. La Rochelle 26 juin 1964 J.C.P. 1965.II.14331 bis

LEPOINTE B. — Note sous Amiens 24 décembre 1967 D. 1968.399

LE ROY M. — Note sous Lyon 23 décembre 1969 Journal des Agréés 1970.190

LEVEL P. — Note sous cass. com. 21 octobre 1970 J.C.P. (C.I.)1971.II 10131

LEVY-ABIE P. — Note sous Besançon 1er octobre 1971 J.C.P. 1972.II.17[illegible]

LOUSSOUARN Y. Note sous Lyon 23 décembre 1969 R.T.D.Civ. 1970.761

LYON-CAEN G. Note sous soc. 8 mai 1967 D. 1967.690
Note sous Paris 13 avril 1970 J.C.P. 1970.II.16471
Note sous soc. 14 juin 1972 J.C.P. 1972.II.17275

MALAURIE Ph. Note sous Paris 4 mars 1971 D. 1972.582
Note sous com. 10 juillet 1972 D. 1972.728
Note sous com. 4 juillet 1972 D. 1972.732

MALINVAUD P. Note sous civ. 1e 5 janvier 1972 J.C.P. 1973.II.17340
Note sous com. 16 octobre 1973 J.C.P. 1974.II.17846

MARIN X. Note sous Trib. com. Seine 27 juin 1960 Banque 1960. 535
Note sous Aix 6 décembre 1965 Banque 1966.53
Note sous com. 4 octobre 1967 Banque 1968.139
Note sous Rouen 12 mars 1969 Banque 1969.722

MATHELY P. Note sous cass. com. 13 juillet 1966 Annales 1967.225
Note sous T.A. Lyon 12 janvier 1968 Annales 1968.101
Note sous Paris 21 février 1973 Annales 1973.16

MAYER D. Note sous crim. 27 juin 1972 J.C.P. 1973.II.17335
Note sous Cass. crim. 22 avril 1975 J.C.P. 1976.II. 18417.

MAZEAUD J. Note sous civ. 3e 5 décembre 1972 D. 1973.401
Note sous civ. 3e 22 mai 1973
4 juillet 1973 D. 1974.233

MEGRET J. Note sous com. Paris 19 avril 1971 G.P. 1971.2.401
Note sous Paris 12 juillet 1972 G.P. 1972.2.804
Note sous Paris 21 juin 1971 J.C.P. 1972.II.17138

MEGRET et DAUDIN de CASSINI
Note sous Trib. Com. Paris 19 avril 1971 G.P. 1971.II. 401

MEURISSE R. — Note sous civ. 4 février 1963 S. 1963.I.193

MEYZONNADE H. — Note sous Caen 10 juin 1968 J.C.P.(C.I.)1969.II.86284
Note sous civ. 1e mars 1973 J.C.P. 1974.II.17687

MIMIN P. — Note sous req. 21 juin 1937 D.P. 1938.I.28

NEPVEU — Concl. sous Paris 22 mai 1965 J.C.P. 1965.II.14274 bis

PEROT MOREL M.A. — Note sous com. 13 février 1973 J.C.P. 1974.II.17626
Note sous C.E. 30 octobre 1970 J.C.P. 1971.II.16630

PIC R. — Note sous Aix 30 décembre 1929 D.P. 1932.2.153

PICARD — Note sous C.E. 20 février 1974 G.P. 6-10 septembre 1974

PLAISANT R. — Note sous Paris 7 février 1961 J.C.P. 1961.II.12052
Note sous Douai 16 mars 1967 D. 1967.6637
Note sous T.A. Lyon 12 janvier 1968 J.C.P. 1969.II.15975

PLANIOL — Note sous civ. 18 octobre 1911 D. 1912.I.113

POULAIN G. — Note sous com. 10 décembre 1969 D. 1970.493

PRADEL J. — Note sous Poitiers 7 février 1974 D. 1974.603

PRIEUR — Note sous com. 5 janvier 1969 J.C.P. 1969.II.16121

ROBERT — Concl. sous crim. 11 juillet 1962 S. 1962.219

ROBIN — Concl. sous Paris 7 février 1961 D. 1961.175

RODIERE R. — Note sous civ. 2e 11 juin 1953 D. 1954.21
Note sous Aix 5 octobre 1954 J.C.P. 1955.II.8548
Note sous civ. 4 octobre 1955 J.C.P. 1956.II.9239
Note sous Paris 25 novembre 1955 J.C.P. 1956.II.9240

RODIERE R.	Note sous civ. 2e 5 janvier 1956 D. 1957.261
	Note sous civ. 2e 11 mai 1956 D. 1957.121
	Obs. sous Poitiers 11 mai 1960 R.T.D.Com. 1961.91.
	Note sous civ. 2e 10 juin 1960 D. 1960.609
	Obs. sous Riom 24 octobre 1962 R.T.D.Com. 1963.108
	Note sous civ. 1e 27 octobre 1970 J.C.P. 1971.II.16624
	Note sous com. 21 novembre 1972 D. 1974.213
	Note sous Angers 3 avril 1973 J.C.P. 1973.II.17478
ROMAN	Note sous T.A. Nantes 7 juillet 1969 G.P. 1970.I.62
SAVATIER R.	Note sous civ. 20 juillet 1955 J.C.P. 1956.II.9052
	Note sous civ. 2e 5 janvier 1956 J.C.P. 1956.II.9095
	Note sous com. 19 octobre 1959 D. 1960.205
	Note sous Poitiers 11 mai 1960 D. 1961.40
	Note sous Toulouse 14 décembre 1959 J.C.P. 1960.II.11402
	Note sous civ. 1e 4 février 1963 J.C.P. 1963.II.13159
	Note sous civ. 1e 23 janvier 1968 D. 1969.177
	Note sous Lyon 27 octobre 1971 J.C.P. 1972.II.17012
	Note sous com. 27 février 1973 J.C.P. 1973.II.17745
	Note sous civ. 1e 22 octobre 1975 J.C.P. 1976.II.18230
SCAPEL Ch.	Note sous Aix 9 mai 1972 J.C.P. 1974.II.17900
SCHMELTZ	Concl. sous C.E. 6 novembre 1974 Droit fiscal 1975 nº 27 com. 934
SCHMIDT J.	Note sous Rennes 9 juillet 1975.
SEFFERT J.C.	Note sous Tr Com. Royan 1 mars 1966 Journal des Agréés 1966.197.
	Note sous Tr. com. Paris 19 avril 1971 Journal des Agréés 1971.227
SORTAIS J.P.	Note sous Nîmes 19 mars 1975 Journal Agréés 1976.89.
SOULEAU Ph.	Concl. sous Paris 28 avril 1966 D. 1967.37

TENDLER	Note sous Lyon 27 octobre 1971	D.1972.327
	Note sous com. 30 janvier 1974	D.1974.428
THUILLIER H.	Note sous soc. 6 décembre 1973	J.C.P. 1974.II.17688
TOUBIANA A.	Note sous com. 8 novembre 1973	J.C.P. 1975.II.18006
TUNC A.	Note sous req. 11 décembre 1946	D. 1946.365
VANDAMME	Note sous civ. 28 mars 1934	
	22 octobre 1934	D. 1934.1.15
VOIRIN P.	Note sous req. 17 février 1931	D.P. 1931.1.41
WEILL A.	Note sous civ. de 11 juin 1953	J.C.P. 1953.II.7825

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION (1) 1

PREMIERE PARTIE - LES RELATIONS JURIDIQUES DES ENTREPRISES PRESTATAIRES DE SERVICES (31). 23

TITRE I - Les services en tant qu'opérations des entreprises (36). . 27

CHAPITRE I - Les services aux particuliers (39). 31

Section I - Les services intellectuels (41). 33

Sous-Section I - Les services intellectuels dans le cadre des professions libérales (42). 34

§ 1 - La variété des activités libérales (43). 34

A. La liberté de choix (44). 35

a) La liberté du client (45). 35

b) La liberté du professionnel (46). 36

B. Les obligations des parties (49). 37

a) Les prestations du professionnel (50). 38

1. L'objet des prestations (51). 38

2. La responsabilité du professionnel (54). . . 40

b) Les obligations du client (56). 42

1. Les modalités de détermination du prix (57). . 43

2. La liberté des prix (59). 44

§ 2 - L'entreprise libérale (62). 45

A. L'organisation professionnelle (63). 45

a) L'accès et l'exercice de la profession (65). . . 46

b) Les organes corporatifs (66). 47

B. Du cabinet à l'entreprise libérale (69). 48

Sous-Section II - Les services intellectuels dans le cadre des professions commerciales (73). 50

§ 1 - Les services intellectuels et les agences de voyage (81). 54

A. Les fonctions traditionnelles de l'agence (84). . . 56

B. Les fonctions nouvelles (86). 58

§ 2 - Les services intellectuels et les banques (95). 64

A. Les services traditionnels accessoires (97). 66

a) L'information des clients (98) 66

b) Le devoir de surveillance du banquier et les tiers (103). 70

B. Les services nouveaux autonomes (107). 73

a) Le conseil (108) 73

b) La gestion (111). 75

Section II - Les services matériels (116). 78

Sous-Section I - Les services traditionnels autonomes (123). . . 81

§ 1 - La chose, moyen de la prestation (125). 82

A. Le contrat d'hôtel (126). 82

B. Les contrats de garde (128). 84

a) Le contrat de garage (131). 85

b) La location de coffres-forts (133). 88

§ 2 - La chose, objet de la prestation (136). 89

A. Les opérations de manutention et de déménagement (139). 90

a) Les opérations de manutention (140). 91

b) Le contrat de déménagement (144). 93

B. Les prestations d'entretien et de réparation (145) . 95

a) La réparation (146) 95

1) La formation du contrat (147) 95

2) L'exécution du contrat (149) 97

b) Le contrat d'entretien (151) 99

1) Les obligations du prestataire (152) 99

2) Le prix (155) 101

Sous-Section II - Les services nouveaux intégrés (156). 102

§ 1 - L'intégration juridique des services (160). 105

A. Le service pré-vente (161). 105

a) Le conseil dans le choix du bien (162). 105

b) Le conseil dans l'utilisation du bien (163). . . 106

B. Le service après-vente (166). 109

a) L'objet de la garantie (167). 109

b) Les débiteurs de la garantie (174). 117

1. Le fabricant, débiteur principal (175). 118

2. Le distributeur, débiteur principal (179). . . 121

§ 2 - L'intégration technique des services (186). 126

A. Le service après vente obligatoire (187). 127

B. Le distributeur, contractant obligé (188). 128

Sous-Section III - La matérialisation des services (191). 131

§ 1 - Les produits, substituts des services (192). 132

§ 2 - La machine, substitut du service (198). 135

A. Le libre service (199). 136

B. La distribution automatique (204). 140

a) La modification des rapports contractuels (205) . 141

1. La formation du contrat (206). 141

2. L'exécution du contrat (209). 143

b) La détermination du co-contractant (213). 146

CHAPITRE II - Les services aux entreprises (217). 149

Section I - Les services, facteurs de spécialisation (236). 168

Sous-Section I - Services et investissements (237). 168

§ 1 - Les services et les investissements intellectuels (239) .171

A. La recherche scientifique (240). 171

I. Les contrats de recherche (242). 174

II. Le sort des résultats (246). 177

a) Les inventions brevetables (248). 178

1. pendant les travaux (249). 178

2. à la fin des travaux (250). 179

b) Les inventions non brevetables (252). 180

B. L'ingénierie (254). 183

I. La négociation (258). 186

a) Avant la signature (259). 187

1. La responsabilité de l'ingénieur (260). . 187

2. La collaboration (262). 188

- Les informations (263). 188

- La rémunération (265) 189

b) Pendant l'exécution du contrat (268). . . . 192

II. La réalisation de l'ouvrage (271). 193

a) Les prestations de l'ingénieur (272). . . . 194

1. Description des obligations de l'ingénieur (273). 194

2. Qualification et portée (277). 198

- L'obligation d'exécuter l'ouvrage (281). 200

- Les diverses prestations déterminées (284). 203

b) La collaboration (289). 206

1) Entre les parties (290). 206

2) Avec les tiers (292). 207

c) Le prix (295). 211

§ 2 - Les services et la distribution de biens techniques (304). 217

A. Les obligations des parties dans le renting (307). 219

I. Les obligations du loueur (308). 219

a) Les services précontractuels (309). 219

b) La fourniture de la chose (310). 221

1) La livraison (311). 222

2) Les accessoires (314) 223

c) L'exploitation du bien (318) 225

1) Les services de jouissance (319). 225

2) Les charges de substitution (321) 230

B. L'émergence de nouvelles catégories juridiques : la qualification du renting (336). 240

a) Location et ingénierie (337). 241

b) Le contrat et les tiers (344) 246

1) La garde de la chose et le contrat (345) . 246

2) Le contrat et l'opposabilité aux tiers du droit de propriété (347). 248

Sous-Section II - Services et gestion (351). 251

§ 1 - Les services de gestion matérielle (352). 251

A. Le factoring (353). 252

I. Le service de gestion (354). 253

II. Les obligations des parties (357). 255

a) Les obligations du factor (358) 255

b) Les obligations de l'adhérent (362) 258

1. L'obligation de collaboration (363). . . . 258

2. Le prix (364). 259

B. La domiciliation des sociétés (365) 259

I. Définition et nature juridique de la convention de domiciliation (367). 260

II. Les conséquences de la dissociation des fonctions (375). 266

§ 2 - Les services de personnel (378) 268

A. La dissociation des rapports juridiques (381). . . 270

a) Le contrat de travail (382) 270

b) Le contrat de mise à la disposition (388) . . . 276

B. Le travail marchandise (393). 279

a) L'appropriation du travail (394) 279

b) Le marchandage (398). 282

Section II - Les services, facteurs de concentration (403). . . 285

Sous-Section I - Les services techniques d'intégration (406). . 288

§ 1 - Les services de gestion, moyen d'intégration (408). . 289

A. Les pratiques (409). 290

B. Les techniques juridiques (411). 291

§ 2 - Les services d'assistance, moyen d'intégration (414). 293

A. L'intégration économique (418). 296

B. L'autonomie juridique (423). 301

Sous-section II - Les services, objets de concentration (432) . 308

§ 1 - Les techniques contractuelles (435). 311

A. Les contrats de recherche en commun (436). 311

a) La mise en commun d'activités (438). 312

b) La mise en commun des résultats (440). 313

B. La société en participation (441). 314

§ 2 - La création de personnes morales prestataires de services (443). 315

A. Le G.I.E. (447). 317

a) Le G.I.E. structure d'accueil de services communs (448). 318

b) Le G.I.E. et ses membres (452). 320

B. La société conventionnée (453). 321

TITRE II - Les services en tant que biens des entreprises (456) . . . 323

CHAPITRE I - Le know-how (461). 327

Section I - Le know-how dans l'entreprise (464) 330

§ 1 - Définition du know-how (465). 330

A. Les éléments du know-how (466) 330

a) Les connaissances techniques (467) 331

b) Le caractère secret (468). 331

c) La transmissibilité du know-how (470). 333

B. Le domaine du know-how (471). 334

a) Brevetabilité du know-how (472). 334

b) Domaine géographique du know-how (474) 336

§ 2 - La protection du know-how (477). 338

A. Les droits du détenteur de know-how (478) 339

B. L'atteinte au know-how source de responsabilité (487). 345

a) La responsabilité délictuelle (488). 345

1. La responsabilité pénale (489). 345

2. La responsabilité civile (490). 346

b) Les clauses de non concurrence (493) 348

Sous-Section II - La transmission du know-how (499). 352

§1 - Description des contrats de know-how (502). 354

A. Le know-how élément d'un contrat général (503) . 354

a) Le know-how industriel (504). 354

1. Brevet et know-how (505) 355

2. Know-how et ingénierie (508) 356

b) Le know-how commercial (511). 359

B. Le know-how objet unique du contrat (513) . . . 360

a) La négociation (514). 360

1. La valorisation du know-how (515). 361

2. L'objet du know-how (517). 362

b) La conclusion du contrat (518). 362

1. Les obligations à la charge du communicant (518 bis). 362

2. Les obligations à la charge du bénéficiaire (522). 365

§ 2 - Le régime juridique des contrats de know-how (525) . 368

A. Le contrat de communication de know-how (526). . . 368

a) L'exécution du contrat (527). 368

1. L'exécution normale (528). 368

2. Les difficultés d'exécution (534). 371

- La divulgation (535). 372

- Le dépôt d'un brevet (536). 373

b) La fin du contrat (540). 375

1. La fin normale (541). 375

2. La fin anormale (543). 377

B. Les problèmes posés dans le cadre de contrats généraux (544). 378

a) La licence de brevet (545). 378

b) L'ingénierie (548). 380

CHAPITRE II - Les marques de services (551). 383

Section I - Marques de services et prestations de services (557). 388

§ 1 - La spécificité de la notion de service (559) 389

A. La définition des services (560) 390

a) Activités dont le produit est l'objet (562) . 391

b) Activités dont le produit n'est que le moyen (566) 395

B. La classification des services selon l'objet (568). 397

a) Les services matériels (569). 397

b) Les services abstraits (570). 398

§ 2 - La spécificité des marques de services (572). 399

A. La matérialisation des marques de services (572). . 399

a) Le caractère descriptif de la marque (573). . . 400

b) Les marques abstraites (576). 403

1. Les marques de forme (577) 403

2. Les marques sonores (580). 406

B. Le problème de la spécialité des marques (582) . . 407

a) Similarité et marque de service (583). 408

b) Marques de services et marques de produits (584). 409

Section II - Marques et prestataires de services (587). 412

§ 1 - La protection de l'entreprise (588). 412

A. Le support de la marque (589). 413

a) Les supports possibles des marques de services (590). 413

b) Les supports des marques de forme (591). 415

B. Marque et nom commercial (593). 416

§ 2 - L'étendue de la protection (597). 421

A. Les titulaires de la marque (598). 421

a) Marques de services et commercialité (599). . . . 422

1. Les associations à but non lucratif (600). . . 423

2. Les professions libérales (601). 424

b) Marques de services et entreprise (603) 425

B. Le problème de la territorialité des marques (604). . 426

Conclusion de la 1ère partie (606). 429

DEUXIEME PARTIE - LES REGLES JURIDIQUES DES ENTREPRISES PRESTATAIRES DE SERVICES (608). 431

TITRE I - Les entreprises prestataires de services créatrices de règles spécifiques (613). 439

CHAPITRE I - La notion de prestation de service (614). 441

Section I - Les services et les actes juridiques (615) 441

Sous-Section I - Le contenu de la notion de service (616). . . 442

§ 1 - L'objet de la prestation (618). 444

A. Le conseil (619)... 445

a) L'existence du service de conseil (620). . . . 446

b) Le régime juridique du service de conseil (625). 449

B. La maintenance (629). 452

§ 2 - La durée du service (632). 454

A. La collaboration (633). 454

B. L'abonnement (637). 457

a) Les services et les caractères juridiques de l'abonnement (638). 457

b) L'abonnement et les conditions de fourniture du service (641). 460

1. La prestation (642). 460

2. Le prix (647). 465

Sous-Section II - Le rôle de la notion de service (648). . . . 466

§ 1 - Services contractuels et contrats de services (649). 467

A. Les intérêts de la distinction (650). 467

B. Le critère de la distinction (654). 469

§ 2 - Contrats de services et contrats nommés (661). . . . 474

A. Le recours au nommé (662). 475

a) Les contrats simples (663). 476

b) Les contrats complexes (664). 476

c) Les complexes de contrats (666) 478

B. Le recours à l'inommé (668). 480

Section II - Les services et les biens (676). 487

§ 1 - Les services objets d'appropriation (677). 487

A. Les services objets de propriété (678). 487

a) L'appropriation directe (679). 488

1) L'appropriation de l'activité (680). 488

2) L'appropriation du résultat (682). 490

b) L'appropriation indirecte (683). 492

B. Les services objets de possession (684). 493

§ 2 - Les services formes de l'appropriation (686) 494

A. Les formes sociales (687). 494

I. La multipropriété (688). 495

II. Les sociétés de services financiers (les SICAV) (689). 497

a) L'objet social (690). 498

b) La forme utilisée (691) 500

B. Les formes individuelles (692). 501

CHAPITRE II - La notion de prestataire de service (693). . . . 503

§ préliminaire - La notion d'entreprise (694). 504

Section I - L'activité des entreprises prestataires de services (699). 515

§ 1 - Contrats de services et entreprises de services (700). 515

A. Services et politique commerciale (701). 516

I. Caractère professionnel des services (702). . . 516

a) Les services fournis par les particuliers (703). 516

1) Les services gratuits (704) 516

2) Les services à titre onéreux (705). . . . 517

II. La fonction commerciale des services (711) . . 521

a) Le prestataire (712). 522

b) Les relations du prestataire et du client (713). 522

B. Entreprises de services et politique de gestion (714). 525

I. Les sociétés de services indépendantes (715). 525

II. Les entreprises de services intégrées (717). 527

a) Les services aux particuliers (718) . . . 527

b) Les services aux entreprises (721). . . . 530

§ 2 - La commercialité des entreprises prestataires de services (723). 531

A. Les incitations à la commercialité (725). . . . 534

a) Les activités artisanales (726). 534

b) Les services intellectuels (727) 535

B. Les obstacles à la commercialité (729). 537

Section II - Les formes juridiques des entreprises de services (732). 540

§ 1 - Le choix de la forme (733). 541

A. L'absence de forme adéquate (734). 542

I. Les sociétés de recherches (735). 542

a) La société de recherche comme procédé de collaboration (736). 542

b) La société de recherche autonome (737). . 544

II. Les sociétés de moyens et les services libéraux (739). . . . . .546.

a) L'objet social (740). . . . . .547.

b) Les formes choisies (741). 548

B. Les formes imposées (les sociétés civiles professionnelles) (743). . . . . .550.

a) La composition de la société civile (744) . .551.

b) L'exercice de la profession (745). . . . . 552 .

§ 2 - Les droits patrimoniaux des associés et les services (746). . . . . 553 .

A. Les apports en industrie (747). 553

B. Les apports en clientèle (749). 556

TITRE II - La soumission des entreprises prestataires de services à une réglementation originale (751). 559

CHAPITRE I - L'ordre public et les services (752). 561

Section I - L'ordre moral (753). 561

§ 1 - Le respect de la personne humaine (754) 562

A. La protection du prestataire (755). 562

a) Le prestataire approprié (756). 562

b) Le prestataire rejeté (761). 565

B. La protection du bénéficiaire (762). 566

§ 2 - La moralité des affaires (763). 567

A. Le prestataire (764). 568

a) Les réglementations légales (765). 568

b) Les réglementations corporatistes (767). . . . 569

B. La prestation (768). 570

a) Les services en tant que biens (769). 570

1) Les services appropriés (770). 570

2) Les services possédés (771). 571

b) Les services en tant que contrats (774) 574

Section II - L'ordre économique (778). 577

Sous-Section I - Les services éléments d'une réglementation uniforme (780). 578

§ 1 - La généralité du domaine d'application (781) . . . 578

A. La généralité de la notion (782). 578

B. Les limites (786). 582

§ 2 - La généralité des incriminations (790). 587

A. Le prix (791). 587

B. L'objet (795). 592

a) Les services objets d'une entente (797) . . . 594

1) Les ententes constituées par des prestataires de services (798). 594

2) Les ententes ayant pour objet la prestation des services (800). 596

b) Les services moyen de l'entente (806) 602

1) Services et contrats d'intégration (807) . 602

2) Les contrats de communication de know-how (810). 605

C. Le consentement des parties (816). 608

a) Le refus de prestation de services (817). 609

b) Les ventes et prestations des services avec primes (818). 610

1) Les pratiques prohibées (819) 611

2) Les pratiques licites (821). 614

Sous-Section II - Les services éléments d'une réglementation spécifique (823). 617

§ 1 - La réglementation des prix (824). 617

§ 2 - Les ventes et prestations de services avec prime (825). 618

§ 3 - Le régime du refus de vente et du refus de prestation de service (826). 620

A. Le régime du refus de prestation de service (827). 620

I. Les contrats traditionnels (828). 620

a) Les services personnalisés (829). 621

b) Les services standardisés (830). 622

II. Les contrats nouveaux (832). 624

a) L'article 37.1º et les droits de propriété industrielle (834). 626

b) La justification du refus de prestation de service (835). 627

B. Les services et la justification du refus de vente (836). 628

a) Produits de haute technicité, de haute qualité et prestations de service (837). 629

b) Les services de distribution et la justification du refus de vente (838). 630

CHAPITRE II - Politique économique et services (840). 633

Section I - Le financement des services (841). 634

§ 1 - Les difficultés de financement (842) 635

§ 2 - Le financement public des services (844) 637

A. La recherche fondamentale (847). 641

a) La formation de la convention (848) 641

b) L'exécution de la convention (849). 642

1) Le déroulement de la recherche (850) . . . 642

2) Le sort des résultats (852). 644

B. La recherche développement (854). 645

§ 3 - Les garanties de financement : l'assurance crédit des services (857). 647

A. L'assurance crédit des services pré-vente (858). . 647

a) L'assurance prospection (859). 648

b) L'assurance foire (860). 649

B. L'assurance crédit de la vente des services (861) 650

a) L'ingénierie et l'assistance technique (863) . 651

b) La communication de savoir faire (865). . . . 653

Section II - Les marchés publics de services (869). 656

§ 1 - Les marchés d'études et de définition (870) 657

A. La passation des marchés d'études et de définition (871). 658

a) L'objet (872). 658

b) La procédure (873) 659

B.Les résultats de la recherche (875). 660

§ 2 - Les marchés d'ingénierie (877). 662

A. Le contenu des missions (879). 664

B. Le prix (880). 665

SECTION III - La fiscalité des services (881). 667

Sous-Section I - La fiscalité des entreprises prestataires de services (882). 668

§ 1 - La fiscalité directe des services (882 bis). 668

A. L'imposition des profits (883). 669

I. Le domaine d'application de l'imposition (884). 669

a) Les entreprises individuelles et assimilées (885). 669

b) Les entreprises sociales soumises à l'impôt sur les sociétés (888). 671

II. Les bénéfices imposables (889). 672

a) Le calcul des revenus imposables (890). . . 673

b) Les déductions (892). 675

B. Les autres impôts directs (894). 676

§ 2 - La fiscalité indirecte (898). 678

A. Les taxes sur le chiffre d'affaires (899). 679

I. La T.V.A. (902). 681

a) Le champ d'application de la T.V.A. (902 bis). 681

1. Les affaires imposables (903). 681

- La personne du prestataire (904) . . 681

- La nature de l'affaire (906). 683

2. Le principe de territorialité (912) . . 688

b) Le calcul de la T.V.A. (916). 692

c) Les déductions (918). 693

d) Le paiement (919). 694

II. La T.A.F. (920). 694

B. Les droits d'enregistrement (921). 695

a) Les contrats de services (922). 695

b) Les opérations relatives aux entreprises de services (923). 695

Sous-Section II - La fiscalité de l'utilisateur du service (925).696

§ 1 - La fiscalité directe (926). 697

A. Le recours à une société de service (927). 697

B. L'utilisation d'un service commun (929). 698

§ 2 - La fiscalité indirecte (930). 699

Conclusion générale (931). 700

Bibliographie 705

Vu : Le Président

M. GAVALDA Christian

Vu : Les suffragants

M.M.

Vu et permis d'imprimer :

Le Président de l'Université de PARIS I - PANTHEON SORBONNE